



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

El delito “Obstrucción a vías públicas que afecten el orden público”: una prueba de exceso en el ámbito de criminalización primaria.

Faizully Andrea Vásquez Gordillo

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho Ciencias Políticas y Sociales
Bogotá, D.C.
2015

El delito “Obstrucción a vías públicas que afecten el orden público”: una prueba de exceso en el ámbito de criminalización primaria.

Faizully Andrea Vásquez Gordillo

Trabajo de Grado presentado como requisito para optar al título de:
Magister en Derecho, línea de profundización en Derecho Penal.

Director:
Dr. ALEJANDRO GÓMEZ JARAMILLO

Línea de investigación:
Derecho Penal.

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho Ciencias Políticas y Sociales
Bogotá, D.C.
2015

“Un modelo así de Derecho penal, (...) refleja sin lugar a dudas las prácticas y tendencias de las modernas políticas securitarias y de la emergencia. Y tenemos que ser conscientes –incluso a la luz de su clamoroso fracaso- de que esto equivale a una disolución del Derecho penal y a una negación de la racionalidad penal.”

Luigi Ferrajoli

“El principio de lesividad como garantía penal”

“Si el contrato que justifica la sanción penal es hipotético sólo hipotéticamente autoriza (u obliga) a castigar. El castigo está justificado moralmente si y sólo si se cumplen los principios que definen un orden justo. Si el orden es injusto, y especialmente para aquellas personas que más injustamente son tratadas por ese orden, entonces no está justificado el castigo”

Moreso, José J. y José cid Moliné,

“Derecho penal y filosofía analítica”

***A mi madre Ana Julia:
Por ser mi mejor ejemplo de amor y responsabilidad.***

Dar las gracias a cada una y cada uno de mis acompañantes a lo largo de este camino, es una ardua labor porque no me alcanzarían las páginas para mencionar a cada una de las personas que han sido, y son parte de mi vida, pues mi formación, es el conjunto de todo el amor, todo el ánimo, todas las enseñanzas, toda la inspiración y toda la compañía que tanto física como espiritualmente, me han brindado quienes con su fe, no hacen más que recordarme lo valiosa que es su presencia en mi vida.

Taycita, quien nunca sabrá de mi agradecimiento, por su incondicional y tierna compañía; Carlos, gracias por el tiempo, el amor, las enseñanzas y la motivación a ser cada vez mejor profesional. Don Leo, por el apoyo y la confianza. Hermana Alejis, por aparecer en mi vida y acompañarme. Familia, gracias por el apoyo y la confianza con los que me han premiado. Mi To, por tu invaluable amistad. A mi familia UN, por las alegrías, las tristezas pero sobretodo por las enseñanzas que cada uno me ha aportado.

A mi director Alejandro Gómez Jaramillo, por el apoyo, las enseñanzas y la confianza en mi trabajo; a Diego Fernando, por la infatigable atención, ayuda, orientación y amistad.

Pero principalmente, gracias, a quienes por medio de su protesta buscan de este país un espacio de equidad y paz, gracias porque a pesar de los amedrentamientos estatales, han mantenido en pie la confianza por sus sueños, y gracias porque ha sido esa persistencia, por esos sueños, los que han inspirado mi labor, hecha trabajo de grado.

Resumen

La tipificación del acto de obstruir vías como protección del bien jurídico de la seguridad ciudadana se contradice con la noción de bien jurídico delimitada desde la constitucionalización del derecho penal en Colombia, pues, desde la constitucionalización del derecho penal y su inherente orientación garantista, la noción de bien jurídico se construye en función de la limitación al *ius puniendi*, a partir de los principios constitucionales, lo que termina por excluir a la seguridad ciudadana como un bien jurídico a protegerse penalmente.

Palabras clave

Obstrucción de vías, bien jurídico, seguridad ciudadana, criminalización primaria, *ius puniendi*, constitucionalización del derecho penal, garantismo penal.

ABSTRACT

The criminalization of the act of obstructing roads such as protection of the legal asset of public safety contradicts the notion of legal asset delimited from the constitutionalization of criminal law in Colombia, then, from the constitutionalization of criminal law and its inherent guarantor orientation, the notion of legal asset is built according to the limitation on the right to punish, from constitutional principles, which ends up excluding public safety as a legal right to protect criminally

Keywords

obstructing roads, legal asset, public safety, *ius puniendi*, primary criminalization, constitutionalization of criminal law, penal guarantee.

CONTENIDO

Pág.

Resumen	... V
Introducción.	... 1
1. Capítulo 1. Tipificación del acto de obstruir vías públicas: ¿protección del bien jurídico de la seguridad ciudadana como límite al ius puniendi?	... 05
1.1. Política criminal y criminalización del acto de obstruir vías.	... 05
1.1.1. Política criminal de Estado y modelos criminológicos.	... 06
1.1.2. Contexto regional latinoamericano e histórico colombiano.	... 28
1.1.3. Contexto socio-político en la tipificación del acto de obstruir vías públicas.	... 37
1.2. La seguridad ciudadana como valor tutelable penalmente.	... 39
1.2.1. La seguridad ciudadana y el orden público en la jurisprudencia colombiana.	... 39
1.2.2. ¿Qué se entiende por seguridad ciudadana y la afectación del orden público?	... 42
1.2.3. La seguridad ciudadana como valor protegible por el derecho penal.	... 45
1.3. Protección a bienes jurídicos como límite a la criminalización primaria	... 46
1.3.1. Los límites de la criminalización primaria en la jurisprudencia colombiana.	... 47
1.3.2. Los bienes jurídicos: un enfoque positivista y desobligante.	... 48
1.3.3. Los bienes jurídicos como límites al ius puniendi estatal.	... 54
2. Capítulo 2 La seguridad ciudadana en los términos de la Ley 1453, no es un bien jurídico desde la constitucionalización del derecho penal y enfoque garantista.	... 68
2.1. Constitucionalización del derecho penal y su enfoque garantista en el ámbito de criminalización primaria	... 69
2.1.1. Relación entre constitucionalización y garantismo	... 69
2.1.2. Relación entre constitucionalización del derecho penal y el garantismo penal.	... 71
2.1.3. Presupuestos de un sistema penal garantista en términos de criminalización primaria.	... 74
2.2. La criminalización primaria y su delimitación constitucional	

y garantista.	... 76
2.2.1. La constitucionalización del derecho penal y el garantismo penal en Colombia.	... 76
2.2.2. El derecho penal delimitado “constitucionalmente” –garantistamente” –criminalización primaria	... 78
2.2.3. La cuestión política o externa del bien jurídico.	... 86
2.3. La noción de bien jurídico delimitada desde la constitucionalización del derecho penal y el garantismo penal.	... 89
2.3.1. El bien jurídico delimitado desde la constitucionalización del derecho penal y el garantismo inmerso a esta.	... 89
2.3.2. La criminalización primaria colombiana: exceso a límites dados por la constitucionalización del derecho penal.	... 100
2.3.3. Exclusión de la ‘seguridad ciudadana’ como bien jurídico tutelado.	... 103
3. Conclusiones	... 111
Bibliografía	... 116

Introducción.

En el año 2011 entra en vigencia la Ley 1453 de 2011, la cual trae consigo la tipificación de la conducta de obstruir vías públicas en protección del bien jurídico de la “seguridad ciudadana¹”; sin embargo, la consideración de esta, como un bien jurídico en el ámbito de criminalización primaria, resulta incoherente desde la constitucionalización del derecho penal con un enfoque garantista.

El anterior planteamiento nos hace surgir el siguiente problema de forma concreta:

¿Por qué es incoherente la tipificación del acto de obstruir vías públicas como medida de protección del bien jurídico de seguridad ciudadana, con la noción de “bien jurídico” delimitado desde la constitucionalización del derecho penal con su inherente enfoque garantista en Colombia?

Para solucionar este problema, nos encargaremos de reconstruir la problemática existente respecto al papel que juega el legislador en su ámbito de criminalización primaria, frente a la tipificación del acto de obstruir vías públicas, como protección al bien jurídico de la seguridad ciudadana, desde una contextualización histórica, regional y jurisprudencial, además de la evaluación del bien jurídico de la seguridad ciudadana y los diferentes tratamientos dados a la protección de bienes jurídicos como límite o no al *ius puniendi estatal*.

Luego, será necesario delimitar la noción de ‘bien jurídico’ como límite al *ius puniendi* en el ámbito de criminalización primaria, desde la constitucionalización del derecho penal y su enfoque garantista, en desarrollo del principio de lesividad y mínima intervención, como presupuestos de coherencia frente a la

¹ Como bien jurídico en pro de la protección de las garantías ciudadanas, con base en el marco legal existente. No en vano se ha denominado Ley de protección a la seguridad ciudadana, lo que toma a aquella como un valor concreto a ser protegido y definido desde la Ley 1453. Exposición de motivos, Proyecto de Ley N°164 de 2010 de seguridad ciudadana p.p.1. Por: German Vargas Lleras, Ministro del Interior y de justicia; Rodrigo Rivera Salazar, Ministro de Defensa Nacional, Guillermo Mendoza Diago, Fiscal General de la Nación.

consideración de los bienes jurídicos protegibles por el derecho penal, como tal y su consecuente tipificación penal de conductas en Colombia.

Finalmente, nos encargaremos de evidenciar la incoherencia presente en la protección de un bien jurídico denominado 'seguridad ciudadana' frente a la noción de 'bien jurídico' inherente a la teoría del garantismo penal de la constitucionalización del derecho penal colombiano.

Para el desarrollo del primer capítulo de este trabajo de investigación, nos encargaremos de hacer una reconstrucción que tendrá en primer plano una perspectiva socio – política, teniendo incidencia en aspectos normativos y jurisprudenciales para luego hacer una construcción doctrinal, lo que nos proporcionará un marco de acuerdos y desacuerdos en las nociones e interpretaciones hechas sobre la problemática en concreto.

Iniciaremos por reconstruir la problemática existente desde los postulados de criminalización primaria, obstrucción de vías públicas, bien jurídico, seguridad ciudadana y orden público.

Es por esto, que nos enfocaremos en la reproducción de la problemática, desde un acercamiento histórico de la conflictividad, junto con la observación de las fracciones subordinadas, y la relación con el orden social dominante² para hacer un análisis de los movimientos criminológicos que caracterizan a la sociedad colombiana y la materialización de estos, en la política criminal en el ámbito de la criminalización primaria en cuanto poseedora del *poder de definición*; en seguida, continuaremos con la reconstrucción del problema, desde una perspectiva de *historia interna en el derecho* y de *historia social*³ la cual hará un análisis diacrónico del sistema jurídico, dando cuenta de la sucesiva creación de normas ante los movimientos huelguistas de antaño hasta los movimientos de protesta social actuales, esto, para evidenciar una sistemática respuesta del Estado ante

² IZAGUIRRE, Inés, "Algunos ejes teórico - metodológicos en el estudio del conflicto social" En SOANE, José. Movimientos sociales y conflicto en américa latina. Buenos Aires: Clacso, 2004 p.250-256

³ COURTIS, Christian. Ecos cercanos. Estudios sobre derechos humanos y justicia. Bogotá: Siglo del hombre Editores, 2009. p 64 y 65

estas situaciones, de criminalización de la protesta social, situaciones que terminan por corresponderse con un contexto desde el que se tipifica el acto de obstruir vías públicas como protección al bien jurídico de la seguridad ciudadana . Además de ello, el análisis contextual regional, el cual nos dará una visión global sobre esta tendencia de criminalización por parte de sistemas jurídicos con una tradición semejante a la nuestra.

Es necesario en este ámbito, hacer lo concerniente para clarificar lo que se ha entendido por seguridad ciudadana y el orden público, jurídicamente en general y penalmente en particular, como un valor tutelable penalmente y desde aquí la observación jurisprudencial de la sentencia que declara exequible la tipificación del acto de obstruir vías, será imprescindible para demostrar la manera en que este bien ha sido percibido y que hace fundamento de las futuras interpretaciones de la norma cuando vaya a ser aplicada⁴.

Finalmente, mediante un *mapeo conceptual*⁵ se dará el enfoque de bien jurídico desde las diferentes perspectivas que tiene el derecho penal (doctrinariamente) sobre la definición del mismo, donde se evidenciará desde las nociones de éste como respuesta a situaciones de urgencia social hasta la llegada a un derecho penal liberal y constitucionalizado, que tendrá al bien jurídico en perspectiva garantista como límite al *ius puniendi* estatal, en términos de criminalización primaria.

En el segundo capítulo, la investigación se convierte en una de tipo dogmático y jurisprudencial, donde se desarrollará un marco de interpretación: teórico y jurídico, a la problemática planteada, que busque en torno a este, conocer, transmitir ese conocimiento, para operarlo optimizarlo y mejorarlo⁶.

Partimos entonces, desde la constitucionalización de todo el derecho y en especial del derecho penal como expresión del garantismo en Colombia, para delimitar la relación existente entre el ‘fenómeno’ de constitucionalización del

⁴Ibíd., p. 36

⁵ Ibíd.,p. 74

⁶ Ibíd.,p. 18

derecho penal y el garantismo penal lo que termina por identificarlos como presupuestos inherentes, esto se hará mediante un estudio doctrinario.

Desde esta concepción garantista en la que se encuentra inmerso el derecho penal por la constitucionalización de este, tendremos la delimitación que se hace del bien jurídico, con los principios teóricos del garantismo penal, esto se hará mediante el análisis lógico de esas pautas traídas desde el mismo, junto con interpretaciones constitucionales las cuales darán concreción a la definición del bien jurídico, lo anterior desde un análisis del discurso⁷ donde se termina por acreditar a la constitucionalización del derecho penal con enfoque garantista como la llamada a caracterizar la función del bien jurídico y su delimitación como manera de reestructuración del sistema normativo.

Esta propuesta de reestructuración se encuentra ligada a una investigación que con base de *lege lata*, con el análisis del sistema penal como un sistema penal garantista desde la constitucionalización del derecho penal, y la consecuente delimitación del bien jurídico, como límite al *ius puniendi* estatal, en términos de criminalización primaria, se convierte en investigación de *lege ferenda* ante la propuesta de exclusión del ordenamiento jurídico de la tipificación del acto de obstruir vías por la ausencia de un bien jurídico denominado seguridad ciudadana, ausencia que se evidencia desde el sistema penal garantista que con la constitucionalización del derecho penal se debe efectivizar desde la minimización de la intervención del campo penal en coherencia con el Estado Constitucional de Derecho colombiano.

⁷ Ibíd., p. 76

CAPITULO I. Tipificación del acto de obstruir vías públicas: ¿protección del bien jurídico de la seguridad ciudadana como límite al ius puniendi?

En este primer capítulo, pretendemos reconstruir la problemática existente por la creación de un tipo penal que en pro de salvaguardar el valor de la seguridad ciudadana, termina por convertirlo en garantía a ser penalmente protegida, tipificando el acto de obstruir vías públicas, lo que presenta inconformismos en parte de la academia, desde la noción del bien jurídico como límite en el ámbito de la criminalización primaria, y por los lineamientos que desde la política criminal debe respetar esta; de esta manera, nos enfocaremos primeramente en hacer referencia a lo que se debe entender por política criminal y el modelo criminológico desde el que se enfoca nuestra sociedad colombiana, esto, junto con la contextualización del fenómeno de criminalizar el acto de obstruir vías como una tendencia histórica y regional, luego, analizaremos las perspectivas de legitimación o no que la tipificación de esta conducta da a la seguridad ciudadana como un valor a ser protegido penalmente, y finalmente reconstruiremos las diferentes miradas que la academia ha brindado a la noción de bien jurídico y su protección, como el límite exigido en términos de criminalización primaria.

1.1. Política criminal y criminalización del acto de obstruir vías.

En este apartado nos encargaremos de referenciar lo entendido como política criminal siendo este un término de diferentes y debatidas percepciones, esto se hará junto con la definición del modelo de sociedad criminológico que caracteriza

a la sociedad colombiana, en seguida, daremos contexto a la tipificación del acto de obstruir vías públicas desde una perspectiva regional que nos dará luces sobre el tratamiento punitivo dado a esta acción, en sistemas socio-jurídicos similares al colombiano, ya en enfoque de nuestro caso en concreto, evidenciaremos una tendencia histórica de respuesta legal a estos actos, y finalmente analizaremos el contexto socio – político que propició la creación del tipo penal de obstrucción de vías públicas mediante la ‘ley de seguridad ciudadana’; lo anterior para dejar de presente la fuerte tendencia de criminalización que sufre el acto de obstruir vías públicas, usado en gran medida como medio de protesta en este tipo de sociedades y concretamente en la sociedad colombiana.

1.1.1. Política criminal de Estado y modelos criminológicos.

Política criminal de Estado. La discusión del concepto.

Aunque la Constitución política de Colombia, enuncia el concepto de ‘política del Estado en materia criminal en su artículo 251, la definición de lo que indica esta, ha tenido diferentes visos hasta que en el 2001 la Corte constitucional se encargó de hacer una definición concisa sobre lo que abarca la misma.

Se indica el surgimiento de la política criminal como expresión en la Alemania de finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX⁸, así, los intentos por definir la política criminal tanto por la doctrina nacional como por la extranjera han sido variados.

Habrían dos perspectivas iniciales para el desarrollo de este debate:

⁸ LANGLE, Emilio. Teoría de la Política Criminal. Madrid: Editorial Reus, 1927, p. 27, atribuye a Kleinshrod en Alemania (1762 -1824) la creación del concepto. En cambio DELMAS-MARTY, Mireille. Le Flou Du Droit. París: PUF, 1986, p. 30, atribuye a Feuerbach la autoría del término, también a principios del Siglo XIX.

Tenemos por un lado, los autores que limitan la concepción de política criminal a los aspectos analíticos de las causas de la criminalidad, a la manera como se deben sancionar los delitos y los intereses que deben ser protegidos, sin incluir como parte de ella los instrumentos a través de los cuales se concreta dicha política⁹; en otra corriente, nos encontramos con autores que limitan la concepción de la política criminal, no solo a aspectos analíticos y de decisión política, sino también los medios jurídicos a través de los cuales se ponen en práctica las orientaciones fundamentales, lo cual comprende instrumentos penales, procesales y penitenciarios¹⁰.

Estos dos, desde una perspectiva positivista en la que, por un lado se habla de manera ‘natural’ de las causas de la criminalidad, la manera de sancionar, y aquellos intereses a proteger como decisión política, y por el otro de la extensión a esto, referente a la manera de operar los medios jurídicos y penitenciarios sobre la decisión tomada en el campo político, esto, sin atender el ámbito social en torno a la definición de medidas que procuren por la prevención del delito.

Tenemos por otro lado, las intervenciones de los delegatarios en la Asamblea Constituyente que refleja intuitivamente la concepción más amplia de política criminal: esta no se limita a una respuesta jurídica del Estado ante el fenómeno criminal, pero tampoco la excluye. Durante los debates en la Asamblea Constituyente, se introdujo esta expresión, aun cuando no fue objeto de mucha discusión. En una de estas sesiones, el constituyente Abello Roca, de la comisión cuarta en donde se discutía el tema de las funciones de la Fiscalía General de la Nación, propuso que se incluyera dentro de éstas, la de “concurrir en el diseño de la política criminal de Estado” tal como esta plasmado en el artículo 25 de nuestra Constitución política; argumentó que aunque era al gobierno a quien le

⁹ LANGLE, Emilio. Teoría de la Política Criminal. Madrid: Editorial Reus, 1927. p. 30

¹⁰ En esta línea: ROXIN, Klaus, Política Criminal y Sistema de Derecho Penal. Barcelona: Editorial Bosch, 1972.; CASTELLANOS, Fernando. Lineamientos elementales de Derecho Penal. México: Editorial Porrúa, 1984; SZABO, Denis. Criminología y Política Criminal. México: Editorial Siglo XXI, 1985.

correspondía fijar la política criminal del Estado, la Fiscalía debía participar en esta tarea por razón de las funciones que cumple¹¹

En esta definición encontramos a la política criminal desde la prevención de los delitos como una eventual respuesta no jurídica, y la tipificación de los mismos como labor del legislador junto con la cuantificación de penas y sanciones como respuesta jurídica:

“La prevención de los delitos, (...) la tipificación de los delitos que corresponde al legislador, la cuantificación de las penas, de las sanciones, etc.” Para el proponente como “de todas maneras un gran organismo como la Fiscalía (...) va a estar o va a tener como competencia la dirección de las investigaciones y la potestad de acusar a los autores ante los jueces para su juzgamiento, debería en alguna forma intervenir conjuntamente con el poder ejecutivo y con las demás ramas del poder público en el diseño de una política criminal total.”

Seguimos con el conjunto de medidas que conciernen a la política criminal , como una forma de continuar con la definición que se tendrá de esta:

La política criminal del Estado, por medio de la Corte Constitucional en varios de sus pronunciamientos, ha determinado el conjunto de medidas que conciernen a la política criminal, esto, en su sentencia C 646 de 2001, la cual a su vez, toma varios extractos jurisprudenciales:

- ✓ Definir los bienes jurídicos que se deben proteger a través del orden jurídico penal, mediante *“la tipificación de las principales hipótesis de*

¹¹ ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Gaceta Constitucional No. 81. Colombia. p. 13.

*comportamiento, que ameritan reproche y sanción punitiva sobre las principales libertades del sujeto que incurre en ellas*¹².

- ✓ Determinar los instrumentos a través de los que se protegerán estos bienes jurídicos *“la selección de los bienes jurídicos merecedores de protección, el señalamiento de las conductas capaces de afectarlos, la distinción entre delitos y contravenciones, así como las consecuentes diferencias de regímenes sancionatorios y de procedimientos que obedecen a la política criminal del Estado en cuya concepción y diseño se reconoce al legislador, en lo no regulado directamente por el Constituyente, un margen de acción que se inscribe dentro de la llamada libertad de configuración*¹³.
- ✓ Señalar *“las competencias de los jueces y los procedimientos aplicables en materia de persecución de los delitos”* esta atribución propia del legislador se debe ejercer dentro de la Constitución¹⁴.
- ✓ Establecer *“el aumento punitivo (...) coherente con la gravedad de la conducta delictiva, en función del interés tutelado*¹⁵.
- ✓ *Determinar el “tratamiento de la delincuencia política”* haciendo distinción de esta con la delincuencia común y otorgándole un tratamiento privilegiado¹⁶.

¹² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C - 599 de 1992 (M. P.Fabio Morón Díaz; Diciembre 10 de 1992).

¹³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C - 198 de 1997 (M. P.Fabio Morón Díaz; Abril 17 de 1997).

¹⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C -093 de 1993 (M.P.Fabio Morón Díaz y Alejandro Martínez Caballero; Febrero 27 de 1993).

¹⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. C - 127 de 1993 (M. P. Alejandro Martínez Caballero; Marzo 30 de 1993).

¹⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C - 207 de 1993 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; Junio 3 de 1993)

-
- ✓ Fijar criterios para descongestionar los despachos judiciales y lograr mayor eficacia y eficiencia en la administración de justicia¹⁷.
 - ✓ Determinar penas *“clasificándolas en principales y accesorias”*¹⁸ *“El legislador establece los tipos penales, señala, en abstracto, conductas que, dentro de la política criminal del Estado y previa evaluación en torno a las necesidades de justicia imperantes en el seno de la sociedad, merecen castigo según el criterio de aquel”*¹⁹.
 - ✓ Graduar la intensidad de la respuesta estatal frente a las conductas que afectan un determinado bien jurídico cuya protección se ha considerado necesaria. *“La política criminal del Estado puede variar, bien en el sentido de disminuir las penas o de suprimir delitos, ya en el de hacerlas más severas, o en el de consagrar figuras delictivas nuevas, según las variaciones que se van presentando en el seno de la sociedad, tanto en lo relativo a las conductas que la ofenden, como en lo referente a la magnitud del perjuicio que causan, no menos que en la evolución de los principios y valores imperantes dentro del conglomerado”*²⁰.
 - ✓ Establecer criterios sobre protección a intervinientes en el proceso penal. *“El objeto primordial de las disposiciones sobre protección a intervinientes en el proceso penal, no es otro que el de asegurar una administración de justicia eficiente, mediante el señalamiento de pautas y normas de política criminal que permitan adelantar los procesos penales, descubrir y sancionar a los delincuentes, sin sacrificar a los jueces, testigos e intervinientes en aquellos, ni a las víctimas de los delitos, pues tales*

¹⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C -277 de 1998 (M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; Junio 3 de 1998)

¹⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C - 240 de 1994 (M. P. Carlos Gaviria Díaz; Mayo 19 de 1994)

¹⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C - 626 de 1996 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo; Noviembre 21 de 1996)

²⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C - 292 de 1997 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo; Junio 16 de 1997)

objetivos, propios de la actividad del Estado, deben ser compatibles con el más elemental deber de las autoridades públicas, que consiste en salvaguardar la vida y la integridad personal de los asociados (artículo 2º C.P.), lo cual requiere, además de una normatividad interna, la indispensable cooperación internacional, de parte de Estados y organizaciones, que se cristaliza y traduce en convenios, acuerdos y tratados de esa índole”²¹.

- ✓ Determinar las causales de detención preventiva, como instrumento para perseguir adecuadamente el delito, pero siempre dentro de criterios de razonabilidad y proporcionalidad que garantizan la libertad personal como derecho fundamental²².
- ✓ Definir el papel y las funciones de los instrumentos del derecho penitenciario y carcelario *“En la política criminal los centros de reclusión juegan un papel de significativa trascendencia: no se trata de meras edificaciones que empleando medidas de seguridad más o menos rigurosas, confinan en su interior a quienes han delinquido con el único interés de castigarlos privándolos de la libertad. No se trata simplemente de una expiación, sino de un proceso de reamoldamiento del recluso a las condiciones de la vida social, esto es, a un ambiente en el que se respeten los derechos de los demás y en el que se contribuya a la comunidad en la medida de las inclinaciones, los gustos, las oportunidades y los talentos de cada cual”²³.*
- ✓ Establecer criterios de mitigación y humanización de la sanción punitiva, mediante el establecimiento de subrogados penales. *“En el marco del*

²¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C - 344 de 1995 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo; Agosto 02 de 1995)

²² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C - 327 de 1997 (M. P. Fabio Morón Díaz; Julio 10 de 1997)

²³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C - 184 de 1998 (M. P. Carlos Gaviria Díaz; Mayo 06 de 1998)

Estado social de derecho la pena, como instrumento adecuado para servir a los fines de prevención, retribución y resocialización, debe ser necesaria, útil y proporcionada; esto significa que si los mismos fines pueden lograrse por otros medios sancionatorios, debe preferirse el menos severo (pues el más restrictivo dejaría de ser necesario y útil), en aras de garantizar la dignidad del condenado”²⁴.

- ✓ Señalar los plazos para la prescripción de la acción penal²⁵.

Indica además la Corte Constitucional, que la política criminal se manifiesta también en la introducción de las normas penales, así, la legislación penal, resulta ser la manifestación concreta de la política criminal de Estado. La decisión política que determina los objetivos del sistema penal, y la adecuada aplicación de los medios legales para luchar contra el crimen y alcanzar los mejores resultados, se plasma en el texto de la ley penal; entonces, la norma penal al ser promulgada, se independiza de la decisión política que le ha dado origen, conservando la finalidad buscada por su redactor en el elemento teleológico de la norma.²⁶

Aunque estas leyes penales puedan ser una expresión política, estas normas jurídicas deben estar ceñidas a la Constitución, esto es aún más claro al tratarse de materia penal. El margen del órgano que adopta la política pública, será mayor o menor de acuerdo a los condicionamientos fijados en la Constitución al respecto. Es por eso que la Corte ha reconocido desde los años 90 que existe una relación entre Constitución y la política criminal, como quiera que ha habido una constitucionalización de aspectos medulares del derecho penal tanto en materia sustantiva como procedimental²⁷.

²⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C - 679 de 1998 (M. P. Carlos Gaviria Díaz; Noviembre 19 de 1998)

²⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C - 345 de 1995 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; Agosto 02 de 1995)

²⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C - 504 de 1993 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz y Carlos Gaviria Díaz; Noviembre 04 de 1993)

²⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C - 646 de 2001 (M. P. Manuel Jose Cepeda Espinosa; Junio 20 de 2001)

La Política criminal de Estado, se debe basar en los lineamientos materiales que señala la Constitución;

“Sería inconstitucional la decisión política de imponer la pena de muerte (CP art. 11), la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes (CP art. 12), la esclavitud (CP art. 17), el destierro, la prisión perpetua o la confiscación (CP art. 34), como consecuencia de la comisión de un delito. Tampoco sería jurídicamente aceptable que el Estado, mediante la simple invocación de razones de defensa social, pretermite, obvie, suspenda o restrinja las garantías jurídico procesales hasta el extremo de desconocer el núcleo esencial de los derechos fundamentales consagrados en los artículos 28 a 31 de la Carta.”²⁸

Sin embargo, que hayan límites, no significa que la Constitución haya definido el derecho penal *per se*, lo que se tiene, es que la Constitución Política, ha establecido una serie de marcos estrictos; aunque el legislador tiene un espacio relativamente autónomo, caracterizado, por unos valores, presupuestos y finalidades propios, esta labor tiene un fuerte acento de constitucionalización; las leyes no serían pues un desarrollo de la Constitución, sino que estas son, la concreción de una opción política dentro de los marcos establecidos por la Carta.

“son pues un desarrollo dentro de la Constitución, ya que la Carta es un marco normativo suficientemente amplio, de suerte que en él caben opciones políticas y de gobierno de muy diversa índole”²⁹

A pesar del número de pronunciamientos que se han dado sobre diferentes ámbitos de la política criminal, hasta el momento no se había definido esta, confiriéndole un sentido específico a esta locución.

²⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C - 504 de 1993 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz y Carlos Gaviria Díaz; Noviembre 04 de 1993)

²⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C - 038 de 1995 (M. P. Alejandro Martínez Caballero; Febrero 09 de 1995)

Es así, como en el 2001, se define a la política criminal de modo amplio, indicando que esta:

“Es el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción. Dicho conjunto de respuestas puede ser de la más variada índole. Puede ser social, como cuando se promueve que los vecinos de un mismo barrio se hagan responsables de alertar a las autoridades acerca de la presencia de sucesos extraños que puedan estar asociados a la comisión de un delito. También puede ser jurídica, como cuando se reforman las normas penales. Además puede ser económica, como cuando se crean incentivos para estimular un determinado comportamiento o desincentivos para incrementarles los costos a quienes realicen conductas reprochables. Igualmente puede ser cultural, como cuando se adoptan campañas publicitarias por los medios masivos de comunicación para generar conciencia sobre las bondades o consecuencias nocivas de un determinado comportamiento que causa un grave perjuicio social. Adicionalmente pueden ser administrativas, como cuando se aumentan las medidas de seguridad carcelaria. Inclusive pueden ser tecnológicas, como cuando se decide emplear de manera sistemática un nuevo descubrimiento científico para obtener la prueba de un hecho constitutivo de una conducta típica”³⁰

³⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C - 646 de 2001 (M. P. Manuel Jose Cepeda Espinosa; Junio 20 de 2001)

La política criminal – entre política social y política de seguridad-

Se tiene un idea confusa sobre la noción de política criminal, en la que precisamente se cree que ella se basa meramente en un campo punitivo; es importante tener clara esta noción pues al entender correctamente lo que el término refiere, será más coherente la formulación de este tipo de política en un Estado que cada vez encuentra más detrimento en la formulación de su política criminal; ello, porque excluye el ámbito social que debe estar inmerso en la misma, y porque por el contrario exagera la inclusión de medidas de seguridad, que rayan con una perspectiva peligrosista que pone en menoscabo los derechos constitucionales de sus ciudadanos.

Al ser necesario un cambio de política criminal que va de la mano con el constante cambio de una sociedad, ello no se debe confundir con la renuncia a las garantías límite que el modelo de nuestra Constitución Política nos ha conferido, pues, si bien la sociedad se encuentra en una etapa en la que demanda más seguridad y protección estatal (entendida la sociedad como ‘las mayorías), ello no debe adjudicarse en detrimento de los derechos de las minorías ni en desmedro del carácter democrático y garantista en el que está inscrita nuestra fórmula política.

La noción acuñada en el capítulo anterior es amplia, pues no reduce a la política criminal meramente al ámbito penal; la Corte incluye entonces, tanto los aspectos analíticos sobre las causas de la llamada criminalidad, como la forma como deben ser sancionados los delitos, los bienes jurídicos tutelados, y los instrumentos que se deben usar para concretar las orientaciones fundamentales contenidas en dicha política. Es claro que el recurso al derecho penal sigue siendo un elemento distintivo de la política criminal, este la diferencia de otras políticas vecinas como las políticas de seguridad. Así, se considera que esta visión amplia de la política criminal, definida por la Corte Constitucional, es bastante importante, pues sin disolverla en la política social, o incluirla totalmente en la política de seguridad,

evita reducir la política criminal a la política represiva penal, lo cual a su vez es una manera de evitar tendencias de corte excesivamente punitivista, preservando la idea del derecho penal como ultima ratio, al mostrar que en muchas ocasiones, la mejor política criminal no es la política penal sino el recurso a otros instrumentos de política publica³¹.

En el marco de las políticas de seguridad, es necesario que la política criminal cobre entidad propia. La política criminal en el actual escenario de seguridad, es terreno propicio para que desarrolle su identidad, un punto importante, es definir un marco coherente de principios y lineamientos que le den una racionalidad propia, sin que esto signifique que debe ser independiente a la política de seguridad y que se deba anular la relación existente entre ellas. Esta autonomía debe darse en función de armonizar el enfoque garantista de la política criminal con el de eficacia de las políticas de seguridad.

Lo ideal entonces, es armonizar el enfoque predominante de la política criminal: la protección de los derechos y garantías, frente al enfoque que prevalece en las políticas de seguridad emitidas por los gobiernos de turno: la eficacia para combatir las amenazas a la seguridad del Estado y de los ciudadanos³².

La política criminal debe tener una perspectiva de largo plazo en cuanto a sus principios y lineamientos, y a la vez, que sea dinámica y diferenciada en cuanto a sus estrategias a fin de responder a los imperativos de las políticas de seguridad, los cuales son por definición de mas corto plazo ya que pueden cambiar dependiendo del gobierno de turno o de las transformaciones en la situación de seguridad interna³³.

³¹ COMISION ASESORA DE POLÍTICA CRIMINAL. INFORME FINAL, Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano. Bogotá: Ministerio de Justicia y del derecho. Junio de 2012, p. 12

³² *Ibíd.*, p. 87

³³ *Ibíd.*, p. 88

Deber de la política criminal

La política criminal debe ser una política pública basada en la prevención y lucha contra la criminalidad, basada en principios y reglas que impidan una fuga al derecho penal cuando se trata de buscar soluciones que se pueden lograr por otros medios.

Tenemos que esta prevención y lucha contra la criminalidad no se puede basar exclusivamente en el sistema penal; en este punto se debe tener presente los factores incidentes en la delincuencia tales como las condiciones de desigualdad, discriminación y exclusión. Es por esto que se hace importante trabajar en estos aspectos con estrategias que favorezcan a aquellas personas que se desarrollan en contextos materialmente favorables al crimen.

Estos efecto, se deben buscar con los medios menos lesivos de derechos fundamentales. En esta perspectiva, la política criminal debe preferir la prevención, antes que la represión, y el respeto de los derechos sobre el efficientismo, teniendo en cuenta que cuando se acuda a mecanismos de represión, se deben establecer límites para que se afecten lo menos posible los derechos fundamentales tanto de los responsables de hechos punibles, como de las víctimas de los mismos.

Entre las opciones que tiene el Estado para elaborar su política criminal, la idea de un derecho penal mínimo con sus elementos de subsidiariedad y fragmentariedad, es el sistema con mejor proyección de prevención del delito: esto, luchando contra la criminalidad y protegiendo los derechos humanos; lo anterior hace que se conserven los límites constitucionales para el poder punitivo del Estado. Lo anterior, junto con el imperativo de abandonar la idea de enfrentar el delito con penas altas, y empleando tratamientos del delito desde perspectivas interdisciplinarias, que excluyan al derecho penal, traerán las respuestas convenientes y diferentes sin afectación innecesaria de derechos humanos.

El modelo represivo antes que preventivo, ha inculcado una cultura jurídica y social que hace a conductas de poca dañosidad social, asumirlos y enfrentarlos como delito, por lo que se hace importante un cambio en la consciencia social y jurídica y con políticas publicas incluyentes y eficaces, en pro de la conservación del carácter subsidiario y de *ultima ratio del derecho penal*³⁴.

Modelos criminológicos – Colombia –

Tenemos diferentes teorías criminológicas que pueden dar visos de la ideología de sociedad actualmente imperante, de aquella que en el contexto colombiano sería la ideal, y de aquella que con sus antecedentes en el ámbito de criminalización primaria ha pretendido ser:

El modelo de sociedad criminológico aparentado.

Nos encontramos con la hipótesis consensual, en la que la sociedad se muestra como una estructura relativamente estable, cuyo funcionamiento se funda sobre el consenso de las mayorías en algunos valores generales y que se revela como de buena integración. Las relaciones entre el individuo y la autoridad, y en concreto , entre la ley y la sociedad presenta algunas características que el Estado colombiano en el ámbito de criminalización primaria, se ha gloriado vanamente de cumplir:

La primera, es la noción de que la Ley refleja la voluntad colectiva, teniendo a todos los miembros de la sociedad en un acuerdo sobre lo que se define como lo bueno y lo malo; la Ley en este sentido, sería la enunciación de aquel acuerdo, por medio escrito.

³⁴ Ibíd., p. 64

La segunda, se refiere a la creencia de que la ley es igual para todos. Esto es, que la ley como expresión popular de una sociedad en acuerdo, no representa intereses individuales ni favorece a particulares.

La tercera, asumiendo que quien viola las leyes penales, corresponde a minorías sociales; esto, por el acuerdo entre lo bueno y lo malo, lo justo e injusto, definido por la sociedad; en este sentido, la minoría debe tener algún elemento en común que lo hace diferente de los acuerdos mayoritarios³⁵.

Y es que enunciar implícitamente este modelo consensual como el asumido en la sociedad colombiana hace la criminalización primaria mas sencillamente de ser legitimada; ante la pretendida y casi triunfante homogenización de criterios con el poder de los medios, resulta sencillo dotar a una sociedad de una conciencia mayoritaria sobre “lo bueno” y “lo malo” y luego, ante el acuerdo obtenido, adquirir la legitimidad de unas mayorías frente a la criminalización de una conducta. Es así como todo el acervo mediático de los canales de información convencionales, se encargan de reflejar en el acto de obstruir vías, un caos en la seguridad de todos sus ciudadanos, un acto de reproche generalizado porque esta acción se asume como equivalente a actos de delincuencia y criminalidad y de afectación vana al bienestar de las mayorías conformes con el “acuerdo” imperante. Una minoría que obstruye vías, es sólo eso para este modelo, una minoría delincuente que tiene un elemento en común de querer arbitrariamente perturbar el orden por el que la mayoría aboga, y es en esta medida, en la que se ven legitimados actos positivizados de criminalización de este talante, consiguiendo la aprobación ‘general’ a la tipificación del acto, y la desaprobación a las acciones de obstrucción, cometidas por las ‘minorías’.

Desde un paradigma etiológico en la interpretación positivista de la criminalidad, observamos que al ser el positivismo el que destaca la ‘naturaleza determinada’

³⁵ PAVARINI, Massimo. Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. Mexico : Siglo Veintiuno Editores, 1983. p. 95

del actuar humano, se vuelve este no más que la relación entre causa y efecto entre los individuos y algunos aspectos de su ambiente, y estas relaciones se presentan bajo la constante de 'verdaderas leyes', asumiendo que estas son válidas para todos, lo que facilita la estrategia del control social. Aún más, al asumir el positivismo el control sobre las explicaciones al comportamiento humano, el accionar objetivo y verificable, no se permite que se tengan en cuenta subjetividades, ni opiniones personales. Tampoco hay una pausa para verificar si estas leyes benefician al alguien y por qué es creado este orden, pues la respuesta ya esta dada: este orden legal existe porque la mayoría lo quiere para proteger los intereses de "los que son más"³⁶

El modelo criminológico de sociedad, ideal

La hipótesis de la sociedad pluralista, por su lado, reconoce la existencia de una multiplicidad de grupos sociales, con diferentes intereses y en ocasiones, en conflicto entre sí. En este modelo existe la ley, no para alcanzar una serie de consensos y acuerdos de las mayorías sobre lo bueno, malo , justo o injusto, sino para lo contrario; al saber que no existe ningún acuerdo general, es una sociedad introducida en la búsqueda de algún mecanismo de resolución pacífica de los conflictos: los individuos se ponen de acuerdo sobre una estructura legal, que permita resolver los conflictos sin prejuzgar irremediamente el bienestar general de la sociedad, hay pues, un consenso general sobre la naturaleza puramente técnica y 'neutral' de la ley, como reglas que permiten allanar las diferencias; este modelo cuenta entonces con las siguientes características:

Inicialmente, se reconoce que la sociedad está compuesta por diversos grupos sociales. Esto implica diferencias: sociales, raciales, culturales, económicas, que hacen que las personas sean diferentes entre sí.

³⁶ Ibíd., p. 96 - 98

Entre estos diferentes grupos, encontramos diferencias frente a lo que se entiende por justo, injusto, bueno o malo; esto, por lo diferenciado de sus valores, y al mismo tiempo, por lo variado de sus intereses.

Existe consenso, frente a las reglas establecidas para resolver los conflictos. El sistema legal será el portador de estas reglas, quien tiene la función de recoger estos consensos sobre la manera de solucionar pacíficamente los contrastes.

El sistema legal no es un valor, sino que se comporta como un sistema de reglas neutrales que no favorecen ningún interés en conflicto, garantizando que el interés general de una existencia pacífica, se pueda desarrollar.

La ley se ve legitimada, no por suponer la protección de determinado interés, sino por que da realización al interés superior de dar solución pacífica a los conflictos³⁷.

Hablar de este modelo de sociedad en criminología, implica para nuestro modelo criminológico la negación de cada una de sus características, pues, a pesar de rezar un pluralismo constitucional, este no se ve materializado por las acciones que emprende la rama legislativa en concreto, pues esta no distingue cuando se trata de reconocer diferencias y de buscar maneras de solucionar las mismas, o de criminalizar las acciones emprendidas para buscar este reconocimiento.

En un Estado como el colombiano, cuya Constitución Política tiene inmersa un carácter pluralista, es de reconocer que no somos una sociedad homogénea frente a los valores e intereses desplegados a lo largo de la historia, como lo ha pretendido mostrar una élite dominante de los medios de producción y de comunicación. En esta medida, es donde cobra importancia el reconocimiento de cada una de estas diferencias, que hacen que una sociedad entre en conflicto, y al mismo tiempo, en soluciones adecuadas para solucionar lo que se ha conocido

³⁷ Ibíd., p. 120 y 121

como *la falla de reconocimiento*³⁸, propuesto por Nancy Fraser. Dentro de esta teoría, indica Fraser que ya los problemas sociales no se ven inspirados en la inadecuada y llana redistribución del ingreso, pues, aunque esta se diera, esta acción positiva no beneficiaría de igual manera a unos sectores que a los otros, lo que seguiría perpetuando las injusticias; en un plano de equidad, lo debido es reconocer las diferencias de quienes hacen parte de la población, asumirlas y obrar de acuerdo y en consenso a los intereses de estas³⁹. De lo anterior, observamos que al considerar a nuestra sociedad como una homogénea, sin solventar esta *falla de reconocimiento*, es que se derivan problemas sociales de sectores que se ven menospreciados en sus valores e intereses y es que este menosprecio, esta ausencia de “reglas neutrales” que podrían solucionar las diferencias en pro de una convivencia pacífica, ocasiona las profundas brechas que hay entre el bienestar de unos sectores y otros: de ahí que se vean en la obligación de manifestarse por medio de la obstrucción de vías. Esta ausencia de reconocimiento del pluralismo, ha hecho que, sin tener consideraciones por los motivos, valores e intereses de unos sectores, se criminalicen sus acciones de reclamo, y se conciban como una llana forma de delinquir, sin tener en cuenta la fórmula política de nuestro Estado que incluye el pluralismo dentro de los fines del mismo.

³⁸ La falla de reconocimiento atiende a un conflicto postsocialista, donde la identidad de grupo, sustituye a los intereses de la clase como mecanismo principal de movilización política y la dominación cultural, desplaza a la redistribución socioeconómica como injusticia fundamental; sin embargo, las luchas por el reconocimiento se desarrollan enmarcadas por exageradas desigualdades materiales, que van desde el ingreso, hasta las expectativas de vida frente a las tasas de mortalidad. Así, al hablar de falla de reconocimiento, como fundamento de las injusticias, implica cambiar del imaginario socialista que nos centra en términos de ‘explotación’, ‘intereses’ y ‘redistribución’ y centrarnos en los términos de ‘identidad’, ‘diferencia’, ‘dominación cultural’ y ‘reconocimiento’. De esta manera, desarrollar una teoría crítica del reconocimiento implica defender únicamente aquellas versiones de la política cultural de la diferencia que pueden combinarse coherentemente con la política social de la igualdad. Entonces, la justicia requiere a la vez redistribución y reconocimiento relacionados entre ellos, de modo que el reconocimiento cultural y la igualdad social se apoyen mutuamente en lugar de devaluar sus concepciones recíprocamente. Este concepto incluye también la manera en que se entrelazan y apoyan mutuamente las desventajas económicas y el irrespeto cultural.

³⁹ FRASER, Nancy. *Iusticia interrupta. Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”*. Universidad de los andes. Bogotá: Siglo del hombre Editores, 1997. p. 17 - 24

Dentro de esta criminalización del acto de obstruir vías, es pertinente hacer mención al paradigma interaccionista del encasillamiento; este afirma que la criminalidad no tiene nada de objetivo, haciendo contraposición a lo dicho por el positivismo; indica que el delito es una definición que esta implícita en el juicio que se da a algunos comportamientos, es por esto, que el delincuente no es más que quien es definido como tal y aún cuando es denominado criminal, es igual a los que no son denominados como tal por un agente criminalizador. Es en esta medida en que la adhesión a un modelo plural de sociedad impide la fe en los valores totalitarios y absolutos, por lo que dentro de sus propuestas, se encuentran reformas que se enfocan en la reducción el poder de definición y por tanto de criminalización por medio de los medios de control. Lo anterior implica que no hayan normas penales de valoración, sino , reglas de juego neutrales, que haya tolerancia, que se acepte la diversidad de valores y objetivos, la diversidad de diversidades, y que la política criminal sea lo menos intervencionista posible, que limite la propia injerencia de los social a las intervenciones absolutamente indispensables⁴⁰.

El modelo criminológico de sociedad , en realidad

La sociedad colombiana, se encuentra inscrita en un modelo conflictivo donde esta se halla en permanente cambio. Este cambio se da por los conflictos generados en su interior, este conflicto cobra vigencia por las coerciones de algunos de sus miembros sobre otros; frente a la Ley y a la sociedad, el modelo conflictivo destaca la naturaleza coercitiva y represiva del sistema legal: la ley no es un instrumento neutral para la solución de conflictos, sino que es un instrumento con el que los grupos dominantes de la sociedad, imponen sus propios intereses sobre los grupos dominados. La ley, sólo representa los intereses de quien la produce, postergados quedan el interés general y los intereses de quienes no tienen este poder; dentro de este interés, esta el de

⁴⁰ PAVARINI, Op. Cit., p. 127 - 129

mantener este poder y de acrecentarlo por medio de la misma ley. Este interés en acrecentar el poder sirve para conservar a perpetuidad los intereses de quien lo posee, y será criminal o desviado el que con su comportamiento entre en contradicción con estos objetivos.

Dentro de las características en esta perspectiva conflictiva de sociedad nos encontramos:

Inicialmente con la aceptación de que la sociedad esta compuesta por diferentes grupos sociales.

Existen a su vez diferentes definiciones valorativas, y estas reflejan distintos, intereses los que están en constante conflicto.

Los conflictos entre los grupos sociales ponen cada vez en juego el poder político. Este conflicto refleja siempre un desequilibrio del poder político entre quien lucha por mantenerlo y quien lucha por contrarrestarlo.

El interés principal de quien tiene el poder de producir la Ley, es mantenerla y perpetuarla conforme a sus intereses, excluyendo a los demás de la posibilidad de acceder a él⁴¹.

Como indicábamos anteriormente, Colombia se encuentra inscrita en una fórmula material y política de pluralismo, en ambos enfoques criminológicos, conflictivos; sin embargo, va a ser en punto a su solución donde entrarán a ser divergentes los enfoques: el enfoque conflictivo hará que sean negadas las formas de solución pacífica de los conflictos, y propondrá como única solución la del cambio institucional o la conquista del poder político. Es imposible entonces considerar el modelo conflictivo en su interpretación de la ley penal sin referirnos a los factores que determinan el poder.

⁴¹ Ibíd., p. 138 y 139

En una sociedad como la nuestra, en la que diferentes grupos sociales (no detentadores de poder) se ven afectados por quienes ejercen el poder político del país, se va creando conflicto en la interrelación de sus clases sociales (tanto dominados como dominantes) y en este sentido, las acciones de unos y otros irán por la consecución de sus fines: por una parte (los dominados) iniciarán movimientos sociales organizados para denunciar la causa de la conflictividad social; por otra parte (los dominantes) ejercerán acciones institucionales gracias al poder político que detentan en pro de salvaguardar sus intereses. Las manifestaciones sociales, expresadas en el caso concreto en la obstrucción de vías públicas, serán el arma que tienen los grupos dominados de luchar contra aquellas condiciones que institucionalmente han hecho de su vida un cúmulo de indignidad, por causas económicas, sociales y políticas y por las deliberadas decisiones que benefician los intereses de quienes se encuentran detentando el poder político y económico del país; estas, causan inestabilidad a sus políticas ocultas, de modo pretendido, pues aunque tienen los medios de producción y comunicación a su disposición, son precisamente estas manifestaciones las que entregan una denuncia explícita de los valores dominantes e infructíferos para la mayoría de nuestros habitantes.

En la medida en que se realiza esta denuncia, se promueve descontento en cada vez mayores masas de habitantes haciendo que las políticas dominantes pierdan legitimidad, lo que no conviene a los intereses dominantes, pues el descontento social y la consecuente ilegitimidad de sus acciones políticas, hará que quienes están detentando el poder, tengan que ser relevados de sus privilegios (tanto políticos como económicos) y así, el poder que detentan, tenga que ser entregado.

Justamente, una manera de combatir este atentado, contra los intereses de quienes detentan el poder, es usar el sistema jurídico penal como expresión de los intereses de los poderosos , esto, influyendo en los procesos de

criminalización (tipificación del acto de obstruir vías) para evitar así, cualquier riesgo de perder el poder, o de ver efectivamente impugnadas las condiciones que permiten que este se conserve en manos de quien lo posee⁴². Así, cobra vigencia lo dicho por Pavarini cuando afirma que “Quien detenta el poder político, detenta también el poder de criminalizar: la criminalidad es así una realidad social creada a través del proceso de criminalización”⁴³

Sin embargo, no es el poder político ni su detentación los que propiamente obran en la acción de la criminalización de conductas; este proceso, es uno de parte de los grupos poderosos, no sólo políticamente, en general, económicamente, donde consiguen influir sobre la legislación y las instituciones penales: así, en una sociedad moderna la acción de estos grupos se traduce en el poder de condicionar la acción del Estado. El derecho sería visto entonces como la forma de la mediación de los conflictos y como momento de conservación de las condiciones materiales en que se realiza un cierto orden de clases⁴⁴.

El *poder de definición*, una potestad a ser delimitada

Tenemos a Dahrendorf quien afirma que la relación de dominio existente en las sociedades, es la que crea el conflicto, y así mismo, es el conflicto el que crea el cambio, es por esto que formalmente se puede decir que lo que siempre esta en juego en el conflicto social, es la base del dominio⁴⁵.

Es preciso concretar en este punto, que el objeto del conflicto en la sociedad capitalista tardía, no serán las relaciones materiales de propiedad, distribución y

⁴² *Ibíd.*, p. 139

⁴³ *Ibíd.*, p. 140

⁴⁴ *Ibíd.*, p. 146

⁴⁵ Dahrendorf, Ralf. *Out of Utopia: toward a reconstruction of sociological analysis*. The american journal of sociology. LXIV, p. 115 – 127. Citado por: BARATTA, Alessandro. Trad. BUNSTER, Alvaro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. Mexico: Siglo XXI editores. 2001. p. 127

producción sino que será la relación política de dominio de algunos individuos sobre otros. Hablamos en este caso, de la esfera política.⁴⁶

Vold, al hablar en concreto del *poder de definición*, afirma que los comportamientos, se hacen criminales por su definición como tal, pues, a pesar de que hay comportamientos normales por parte de individuos que responden normalmente a situaciones, las cuales son definidas como indeseables e ilegales, entonces el problema se transporta a la organización social y política de los valores establecidos, o de las definiciones de lo que puede o no ser definido como criminal; en este sentido, el crimen sería un comportamiento *político* y el criminal es en realidad un miembro de un ‘grupo minoritario’ sin base pública suficiente para dominar y controlar el poder policial del Estado⁴⁷.

En esta misma línea, desde el *poder de definición*, nos encontramos con Turk, quien desde su concepción de la criminalidad como estatus social, indica que esta, justamente es un estatus social a alguien por quien tiene el poder de definición; en esta medida, el problema de la delincuencia, se transforma en el problema de la ‘ilegitimidad’ pues quien tiene el poder de definir, es quien da el estatus de ‘violador de normas’, es por esto que se considera la teoría de Turk, una teoría sociológica limitada de la delincuencia como un fenómeno jurídico – social.

Los elementos base en la teoría de Turk serán: “posición social”, “dominio y desventaja”, “conflicto social y cultural” “ilegitimidad” y “urbanismo”:

⁴⁶ BARATTA, Alessandro. Trad. BUNSTER, Alvaro. Criminología crítica y crítica del derecho penal. Mexico: Siglo XXI editores. 2001. p. 127

⁴⁷ VOLD.G.B. Theoretical Criminology, Nueva York. Citado por: BARATTA, Alessandro. Trad. BUNSTER, Alvaro. Criminología crítica y crítica del derecho penal. Mexico: Siglo XXI editores. 2001. p. 132

La posición social, se refiere a la ubicación del individuo en la estructura social y a los papeles ligados a aquella. En la estructura social se hace importante la distinción entre adultos y preadultos.

Al referirse a dominio y desventaja, se hace referencia a las diferencias que hay frente al acceso a los recursos, y a las diferencias de poder desde las diversas posiciones sociales.

El conflicto cultural, es un conflicto relativo a las actitudes o a los significados atribuidos a cosas y situaciones, este se puede expresar en el conflicto social cuando de comportamientos internos, estos se manifiestan en situaciones externas.

El urbanismo, se refiere al espacio donde los preadultos frente a los adultos tienen su lugar de desventaja y conflicto.

De esta manera, se sitúa el conflicto intergeneracional ; en la medida en que el conflicto cultural entre las generaciones se expresa también como conflicto social, se llega a la 'ilegitimación' esto es, la criminalización de miembros del grupo socialmente desfavorecidos (los preadultos) por parte del dominante (los adultos)⁴⁸

Todo esto para decir que en el momento en que los sujetos adquieren el poder de decidir sobre la creación y aplicación de las normas, la perspectiva socioeconómica del conflicto entre grupos sociales, se ve comprimida y adecuada a la relación política entre autoridades y súbditos⁴⁹.

1.1.2.Contexto regional latinoamericano e histórico colombiano.

Desde lo definido anteriormente con la sociología del conflicto, encontramos una serie de elementos que a continuación se verán materializados en la realidad

⁴⁸ TURK, A. Criminality and Legal Order. 1972, Chicago. Citado por: BARATTA, Alessandro. Trad. BUNSTER, Alvaro. Criminología crítica y crítica del derecho penal. Mexico: Siglo XXI editores. 2001. p. 135 - 137

⁴⁹ Ibíd., p. 139

colombiana y en el contexto regional; esto es, la reacción de quien tiene el poder de definir, para criminalizar la conducta de obstruir vías públicas por cuestiones de intereses políticos dentro de unas sociedades del conflicto como la colombiana.

Se debe observar la falla que tenemos al tener política criminal poco reflexiva frente a las particularidades del contexto colombiano, las cuales son 1) la presencia diferenciada de las instituciones a nivel territorial y social 2) la complejidad del fenómeno criminal en nuestro país, que incluye violencias cotidianas y formas agudas de criminalidad organizada, asociadas muchas al narcotráfico; 3) la persistencia del conflicto armado y la gravedad de la situación de DDHH; 4) la posible incidencia de situaciones agudas de desigualdad, pobreza, discriminación sobre los fenómenos delincuenciales y la propia política criminal; y 5) los complejos desafíos de seguridad derivados de los anteriores factores. Aunque muchos de estos factores no son propios del Estado colombiano, su combinación hace que los desafíos frente a la criminalidad y las políticas para combatirla sean complejos. De igual manera, aunque muchos de estos rasgos son de corte social, la política criminal como una extensión de la política social, no debe ignorar la aguda pobreza, desigualdad y discriminación existente en nuestro país, sin embargo, las decisiones de política criminal demuestran ser insensibles a estos rasgos tan importantes para su coherente y correcta formulación.

La proporción ideal de la política criminal como una derivación de la política social y de la política de seguridad, se ve perturbada, por lo descrito anteriormente en donde no se tiene en cuenta la política social, y por el exceso que hay en la aplicación de la política de seguridad, desde una tendencia de subordinación por parte de ella, esto implica un endurecimiento de penas y de procedimientos penales para enfrentar de forma eficaz las amenazas a la seguridad.⁵⁰

⁵⁰ COMISION ASESORA DE POLÍTICA CRIMINAL. INFORME FINAL, Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano. Ministerio de Justicia y del derecho. Junio de 2012. Bogotá (Col.) p.37

Tenemos entonces que a lo largo de la historia nacional, el país ha sido testigo de manifestaciones propias de la protesta social; tenemos así, en la primera década del siglo xx, el primer acontecimiento de manifestación social registrado en el puerto de Barranquilla⁵¹, el cual era una huelga de los trabajadores fluviales, especialmente en el área de transporte, esto, mediante el bloqueo de los caños fluviales⁵²; más adelante en 1918, nuevamente hay huelga de trabajadores pero extendida al sector ferroviario, donde los trabajadores exigían aumento de sueldos, desplegándose el movimiento a otras ciudades de la costa Atlántica, en este momento, se hizo mediante el bloqueo de vías férreas y en ocasiones el levantamiento a las mismas; frente a esto, el gobierno respondió con la expedición del Decreto 02 de 1918, siendo el primer registro de regulación a la protesta social en Colombia, específicamente a la huelga de trabajadores donde entre otras cosas sólo permite el abandono del empleo prohibiendo comités de huelgas permanentes y la prohibición de la participación, en las mismas, de extranjeros o cualquier persona que no hiciera parte de la empresa o gremio huelguista⁵³. Estas huelgas se fueron extendiendo a lo largo del país, por lo que el gobierno, se sintió en la obligación de regularla de manera más rígida, por medio de la Ley 78 de 1919 donde ante determinadas condiciones, las acciones huelguistas iban a tener tratamiento penal⁵⁴. En la actualidad la historia no cambia mucho; ante las inconformidades de diferentes sectores sociales como el de la salud, la educación, el agrario, etc., se dan manifestaciones que entre otros instrumentos de protesta, usan la obstrucción de vías; lo anterior, especialmente reflejado en las protestas estudiantiles del año 2009, que convocaban a recurrentes marchas hacia la Plaza de Bolívar en Bogotá, y en el resto del país en reivindicación de sus

⁵¹ SILVA, Marcel. Flujos y reflujos. Reseña histórica sobre el derecho laboral colectivo colombiano. Seg. Edición. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. 2000. p. 25

⁵² Visto en *Asociación para el Fomento de los Estudios Históricos en Centroamérica* http://www.afehc-historia-centroamericana.org/index.php?action=fi_aff&id=2547#fn266739999538294bf4f255 , recuperado el 25 de mayo de 2014.

⁵³ GONZALEZ, Pablo Elías .Derecho Laboral en las relaciones públicas y privadas. Editorial Legis , 2001 .p. 13

⁵⁴ Ibíd.p. 14

exigencias, igualmente ocurrió en mayo de 2010, por la aprobación del TLC celebrado entre la Unión Europea y Colombia, donde una vez más salieron sectores inconformes a expresar su desacuerdo, usando como medio de llamar la atención a sus exigencias, la obstrucción de las vías, como por ejemplo la que conecta a Nariño con la frontera ecuatoriana⁵⁵, además de lo anterior, tenemos otra expresión de inconformismo a principios del año 2011, donde por medio de la omisión de circulación y la obstrucción de algunas vías, los camioneros dieron lugar a su protesta y otro gran sin numero de manifestaciones del mismo tipo; frente a esto, el entonces ministro del Interior, German Vargas Lleras, junto con el ministro de Defensa y el Fiscal General de la Nación, presenta el proyecto de Ley 164 de 2010 del senado *“por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre Extinción de Dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad”* teniendo como base de su exposición de motivos, el combate contra el terrorismo y la criminalidad organizada, *“teniendo especial cuidado de que ninguna de sus disposiciones afecten las garantías constitucionales de los ciudadanos”*⁵⁶; sin embargo, dentro de este compendio de normas contra el terrorismo y la criminalidad organizada, nos encontramos con la tipificación de la obstrucción de vías, que se ve reflejado en el artículo 44 de la Ley de Seguridad Ciudadana, introducido al Código Penal como artículo 353^a, donde pretendió criminalizar el acto de obstruir vías, aún cuando este es un medio común usado por quienes protestan e igualmente afectando ‘las garantías constitucionales de los ciudadanos’.

En el contexto regional, América Latina, tenemos similitudes contextuales; para el caso de Argentina, se infiere que el acto de estorbar o entorpecer el normal

⁵⁵ Visto en <http://actualidad.rt.com/actualidad/view/11803-Protestas-en-Colombia-contra-acuerdos-econ%C3%B3micos-con-UE> recuperado el 26 de mayo de 2014

⁵⁶ Exposición de motivos, Proyecto de Ley N°164 de 2010 de seguridad ciudadana p.1. Por: German Vargas Lleras, Ministro del Interior y de justicia; Rodrigo Rivera Salazar, Ministro de Defensa Nacional; Guillermo Mendoza Diago, Fiscal General de la Nación.

funcionamiento de los transportes, ha estado desde la entrada en vigencia del Código Penal de la República Argentina, esto, por las dictaduras a las que fue sometido el país argentino y la vigencia del Código acorde cronológicamente a tales; según informe sobre la criminalización de la protesta argentina; se tiene que se criminalizan los actos de protesta, como estrategia política que presenta ante la sociedad a la lucha por los derechos sociales, como delitos y a los sectores que las promueven como delincuentes, la criminalización de la protesta⁵⁷ se da en torno al intento de disciplina y amedrentamiento a todos aquellos que cuestionen la miseria y la opresión, para frenar la organización y las luchas desplegadas por los trabajadores y por los diferentes movimientos populares⁵⁸.

En el contexto venezolano, nos encontramos con que el 24 de abril de 2014 la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) dictó una sentencia en la que se obliga a todas las personas a solicitar un permiso para ejercer su derecho humano a la manifestación pacífica y obliga a los cuerpos de seguridad a dispersar cualquier manifestación que no tenga tal permiso, lo anterior con base al creciente número de protestas que se empezaron a desarrollar en el año 2014, con ocasión de peticiones laborales, de seguridad ciudadana, de justicia, de educación y vivienda; estas representaron un aumento del 278% con 4682 protestas más del primer semestre del año 2013⁵⁹. Respecto al delito de atentado contra la seguridad en las vías⁶⁰, tenemos que esta norma esta inmersa en el

⁵⁷ Si bien no encontramos una norma expresa que tipifique como tal el acto de obstruir vías, tenemos que en torno a políticas de seguridad ciudadana en Argentina, variedad al momento de procesar capturados desde la protesta social; así, nos encontramos con el Código Penal argentino, que en protección de *la seguridad pública*, tipifica el acto de obstruir el normal funcionamiento del transporte público, así:

“ARTICULO 194. - *El que, sin crear una situación de peligro común, impidiere, estorbare o entorpeciere el normal funcionamiento de los transportes por tierra, agua o aire o los servicios públicos de comunicación, de provisión de agua, de electricidad o de sustancias energéticas, será reprimido con prisión de tres meses a dos años.* Código Penal de la Nación argentina. Ley 11.179.

⁵⁸ Visto en <http://www.derechos.org/nizkor/arg/doc/protesta.html> recuperado el 10 de octubre de 2014.

⁵⁹ Visto en <http://www.observatoriodeconflictos.org.ve/tag/criminalizacion-de-la-protesta> recuperado el 20 de octubre de 2014.

⁶⁰ El caso de Venezuela en el que la obstrucción de las vías públicas es visto como un atentado contra la seguridad de los medios de transporte y de comunicación dentro del título de delitos contra la conservación de los intereses públicos y privados. El artículo reza así:

Código Penal desde 1964, por “*elevados principios de interés social, aunado a la experiencia de la perpetración de hechos singulares repudiables que causaron honda conmoción pública, como el asalto al tren de El Encanto y el secuestro de naves y aeronaves, movieron al legislador a incluir entre los delitos contra la conservación de los intereses públicos y privados, inspirado sin duda alguna en el concepto de peligro común*⁶¹, con el ánimo de sancionar severamente esa clase de hechos proclives obviamente a menoscabar el sentimiento de seguridad colectiva y que pone en peligro numerosas vidas”⁶²

Frente al caso boliviano, tenemos que en agosto de 2003, se promulgó la Ley del Sistema de Seguridad Ciudadana que, además de crear un organismo burocrático y normas administrativas, modificó el Código Penal, frente a la protección de la ‘tranquilidad pública’ incorporando los tipos penales de apología pública de un delito, organización criminal, terrorismo y desordenes o perturbaciones públicas, además de agregar otros tipos vinculados al régimen de la seguridad ciudadana como el de atentado contra la seguridad de medios de transportes, los servicios

“Artículo 358. Quien ponga obstáculo en una vía de circulación de cualquier medio de transporte, abra o cierre las comunicaciones de esas vías, haga falsas señales o realice cualquier acto con el objeto de preparar el peligro de una catástrofe será castigado con pena de prisión de cuatro a ocho años.

Quien cause interrupción de las vías de comunicación mediante voladuras o quien por este mismo medio cause el descarrilamiento o naufragio de un medio de comunicación será castigado con pena de prisión de seis a diez años.

Quien asalte o ilegalmente se apodere de naves, aeronaves, medios de transporte colectivo o de carga, o de la carga que estos transporten, será castigado con pena de prisión de ocho a dieciséis años.

Quien asalte a un taxi o cualquier otro vehículo de transporte colectivo para despojar a sus tripulantes o pasajeros de sus pertenencias o posesiones, será castigado con pena de prisión de diez a dieciséis años.

Si para la comisión de los delitos establecidos en este artículo concurren varias personas la pena se aumentará en un tercio.” Código Penal de Venezuela. 20 de octubre de 2000.

⁶¹ En el caso Boliviano, nos encontramos con la tipificación de la obstrucción de las vías en pro de defender la seguridad de los medios de transporte y de comunicación, de la siguiente manera:

“Art. 213. (ATENTADO CONTRA LA SEGURIDAD DE LOS TRANSPORTES) El que por cualquier medio, impidiere, perturbare, o pusiere en peligro la seguridad o la regularidad de los transportes públicos por tierra, aire o agua, será sancionado con reclusión de 1 a 4 años.” Código Penal Boliviano. Decreto Ley 10426 de 23 agosto de 1972.

⁶² Grisanti. *Manual de derecho penal*. En AYALA, Carlos. *La criminalización de la protesta en Venezuela*. En BERTONI, Eduardo (compilador). *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho Penal y libertad de expresión en América Latina*. Universidad de Palermo. 2010. Buenos Aires (Arg.). p. 223.

públicos y la fabricación o tenencia de explosivos⁶³. Estas prácticas legislativas se dedicaron a ampliar y enmendar el catálogo punitivo del Estado; se produce la Ley no de forma concienzuda e informada, sino de manera reactiva frente a los episodios coyunturales de enfrentamientos sociales y políticos cuya represión idónea fue el camino de la criminalización; al tiempo de cerrarse el proyecto, la Asamblea Legislativa Plurinacional, se dedica a apurar el tratamiento de un paquete de disposiciones judiciales en transición invocando ‘la emergencia’ de la inseguridad ciudadana e introduciendo corruptamente enmiendas al régimen especial y procesal, lo que cuestiona la constitucionalidad y la conveniencia como política pública.⁶⁴

En Brasil el tema de la tipificación del acto de obstruir vías públicas, tiene lugar a propósito del mundial de fútbol realizado los pasados meses del año 2014, esto implica que los años anteriores se empezaran a realizar protestas y con ellas bloqueos de vías frente a la desproporcionada inversión del gobierno brasileiro a la infraestructura que atendería el evento deportivo, teniendo en cuenta la situación social deplorable de muchos de sus ciudadanos. En noticia recogida se afirma que el gobierno brasileño observó sobre la intención de que las tipificaciones que censuraban la protesta social entrasen en vigor antes de la Copa Mundial de la FIFA⁶⁵, tal y como ocurrió con el acto de obstruir vías públicas⁶⁶ que modificó el código de tránsito brasileiro y que esta incluido en el Código Penal del Estado⁶⁷.

⁶³ En el caso Boliviano, nos encontramos con la tipificación de la obstrucción de las vías en pro de defender la seguridad de los medios de transporte y de comunicación, de la siguiente manera:

“Art. 213. (ATENTADO CONTRA LA SEGURIDAD DE LOS TRANSPORTES) El que por cualquier medio, impidiere, perturbare, o pusiere en peligro la seguridad o la regularidad de los transportes públicos por tierra, aire o agua, será sancionado con reclusión de 1 a 4 años”

⁶⁴ RODRIGUEZ, Eduardo y ROJAS, Farit. *Criminalización y derecho a la protesta*. En BERTONI, Eduardo (compilador). *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho Penal y libertad de expresión en América Latina*. Universidad de Palermo. 2010. Buenos Aires (Arg.). p. 18

⁶⁵ Visto en <http://www.fidh.org/es/americas/brasil/15236-llamado-a-la-ue-y-brasil-para-hacer-frente-a-la-criminalizacion-de-la-recuperado> el 23 de octubre de 2014

⁶⁶ Para el caso de Brasil nos encontramos con la protección de la ‘incolumidad’ pública, en el acto de obstruir vías, específicamente se trata de crímenes contra la seguridad de los medios de comunicación y transporte y otros servicios.

“DOS CRIMES CONTRA A SEGURANÇA DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO E TRANSPORTE E OUTROS SERVIÇOS

El caso chileno no resulta menos preocupante, pues nos encontramos con un Estado que tipifica acciones tales como circular y ocasionar el taponamiento de una vía, al igual que reunirse y provocar desorden público. Sin embargo, el tema ha sido de poca reflexión y análisis en lo que a altas cortes se refiere; tenemos al autor Alfredo Etcheberry quien haciendo mención al artículo que tipifica los desórdenes públicos, indica que el artículo 269, castiga a quienes turban gravemente la tranquilidad pública para causar injuria u otro mal a alguna persona particular, o con cualquier otro fin reprobado, aclarando que las penas son independientes a los perjuicios u ofensas causadas. Asegura además que el delito tiene inmerso un elemento subjetivo el cual es el propósito de causar “injuria” u otro mal, o cualquier ‘otro fin reprobado’, teniendo en cuenta que el término de injuria se refiere al término genérico del daño y no al delito particular. Tenemos además que según Francisco Cox los fines de esta tipificación tendría legitimación si se tratase de evitar que “perturben el tránsito público”⁶⁸, estando esto en línea con la libre circulación del tránsito como el derecho de circulación que eventualmente tendrían otros ciudadanos, sin embargo aquí no es visto de esta

(...)

Atentado contra a segurança de outro meio de transporte

Art. 262. - Expor a perigo outro meio de transporte público, impedir-lhe ou dificultar-lhe o funcionamento:

Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos. 1º - Se do fato resulta desastre, a pena é de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. 2º - No caso de culpa, se ocorre desastre:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

Forma qualificada

Art. 263. - Se de qualquer dos crimes previstos nos arts. 260 a 262, no caso de desastre ou sinistro, resulta lesão corporal ou morte, aplica-se o disposto no art. 258.” Código Penal Brasil . Decreto-Lei nº 2.848 de 07.12.1940 , alterado pela Lei nº 9.777 em 26/12/98

⁶⁷ Visto en <http://www.transportabrasil.com.br/2012/06/bloquear-vias-publicas-indevidamente-sera-passivel-de-detencao/> recuperado el 23 de octubre de 2014

⁶⁸ Para el caso chileno, nos topamos con el delito de desórdenes públicos que protege el orden y la seguridad públicos; no refiere expresamente el acto de obstruir vías sino que indica la perturbación de la tranquilidad pública así:

“Art. 269 Los que turbaren gravemente la tranquilidad pública para causar injuria u otro mal a alguna persona particular o con cualquier otro fin reprobado, incurrirán en la pena de reclusión menor en su grado mínimo, sin perjuicio de las que les correspondan por el daño u ofensa causados.”

manera por lo que se fracasa la justificación de la restricción del acto de reunirse y ‘alterar el orden publico’⁶⁹

Obstruir vías en un Estado social y Democrático de Derecho- Derecho a protestar

Tenemos dentro de un sistema jurídico constitucionalizado, el derecho a protestar como una máxima fundamental que debe ser tenido por tal ante cualquier posible irrupción del sistema punitivo, en este caso la tipificación del acto de obstruir vías públicas, como flagrante criminalización de la protesta social; frente a esto, Gargarella, afirma que el derecho a la protesta es el ‘primer derecho’; esto, porque si el derecho a la protesta llegase a faltar, no se podrían reclamar los demás derechos faltantes, además de la presencia del derecho a la protesta en el núcleo de los derechos de la democracia, esto es, el derecho a criticar el poder público y privado, en este orden de ideas, sin la protesta no habría democracia, y la posibilidad de disentir como base de la democracia desaparecería; la criminalización de la protesta, implica pensar en ella desde el derecho penal, donde la respuesta estatal se ve reducida al hostigamiento, a la hostilidad institucional frente a la protesta, lo que hace que la respuesta sea errada porque este fenómeno debe ser tratado de manera diferente, sobretodo si se habla de las protestas vinculadas con la violación de derechos humanos fundamentales de manera sistemática ⁷⁰.

De igual manera, afirma que en nuestro actual sistema jurídico y político, contamos con un fenómeno que resulta determinante al momento de observar la injusticia que la norma penal y su coacción trae consigo, esto es, el concepto de alienación legal; dicho concepto es referido a la comisión de una sistemática violación de derechos, que inevitablemente comprometen al sistema legal. Esto, de manera mas clara, se compara con lo contrario de lo que Rousseau llamó “la

⁶⁹ COX, Francisco. Criminalización de la protesta social: “no tiene derecho a reunirse donde le plazca”. En BERTONI, Eduardo (compilador). ¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho Penal y libertad de expresión en América Latina. Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2010. p.85

⁷⁰ GARGARELLA, Roberto. No hay democracia sin protesta. Entrevista realizada en septiembre del año 2005 en La Plata, Argentina. Entrevistador: Esteban Rodríguez

voluntad general”, pues, si aquí se habla de la norma como el espejo que refleja la voluntad de toda la comunidad, dentro de las situaciones de alienación legal, la comunidad siente y percibe como ajenas tales creaciones normativas, pues ellas no les benefician y no reflejan sus necesidades, sino que por el contrario, amenaza o ignora sus propios intereses⁷¹

1.1.3.Contexto socio-político en la tipificación del acto de obstruir vías públicas.

El contexto socio-político de la expedición de la Ley de Seguridad Ciudadana, se desarrolla inicialmente con las protestas sociales que se despliegan ante variadas situaciones que se presentan en el territorio colombiano, en torno a las locomotoras minero – energéticas del gobierno Santos y otras materias de índole económico y social inmediatamente anteriores a su gobierno; tenemos entonces para mayo de 2010, por la aprobación del TLC celebrado entre la Unión Europea y Colombia, la manifestación de varios sectores lecheros y ganaderos, usando como móvil de protesta la obstrucción de las vías, como por ejemplo la que conecta a Nariño con la frontera ecuatoriana⁷², para febrero del año 2011 se empezaron a desatar protestas por la construcción de la hidroeléctrica El Quimbo, en el departamento del Huila, lo que produjo desplazamientos masivos; frente a esto, sus comunidades junto con ASOQUIMBO decidieron bloquear vías y realizar manifestaciones de inconformismo y oposición ante tal proyecto⁷³.

Para las mismas fechas, se realizó un paro de transportadores de carga, la cual tuvo como promotores a la Asociación Colombiana de Camioneros y a la Asociación Colombiana de Transportadores de Carga, cuyo pronunciamiento se hizo por medio del bloqueo de vías principales⁷⁴.

⁷¹ GARGARELLA, Roberto. El Derecho y el castigo: de la injusticia penal a la justicia social. Buenos Aires: Universidad Torcuato Di Tella, 2010. p. 42

⁷² Visto en <http://actualidad.rt.com/actualidad/view/11803-Protestas-en-Colombia-contra-acuerdos-econ%C3%B3micos-con-UE> recuperado el 26 de mayo de 2014

⁷³ Visto en <http://www.elspectador.com/noticias/economia/preocupaciones-construccion-de-hidroelectrica-el-quimbo-articulo-253288> recuperado el 10 de octubre de 2014.

⁷⁴ Visto en <http://www.desdeabajo.info/component/k2/item/23033-la-protesta-social-protagonista-del-gobierno-santos-agosto-2010-agosto-2013.html> recuperado el 10 de octubre de 2014

Resulta paradójico que cuando se presenta el proyecto de Ley de seguridad ciudadana, en el año 2010, no se encuentra dentro de su articulado lo correspondiente al artículo que tipifica la obstrucción de las vías públicas como afectación al orden público; este solamente se introduce en el tercer debate en sede de la cámara de representantes, el 15 de marzo de 2011. Acá, Germán Vargas Lleras, lo hace evidente cuando explicando el alcance de la norma refiere al paro camionero como una de las justificaciones a la tipificación de la conducta⁷⁵.

El tema frente a la tipificación del acto de obstruir vías, se incluye entonces dentro de los motivos del proyecto presentado en el año 2010 numerado como 164 del senado y 160 de la Cámara de representantes, principalmente dentro del argumento de la necesidad de prevenir y enfrentar el terrorismo y la criminalidad organizada. En esta línea se propuso, además, alcanzar cuatro objetivos previstos en esta política de seguridad ciudadana:

1. Eliminar la impunidad
2. Luchar contra la criminalidad organizada
3. Incrementar la efectividad del proceso penal, la extinción del dominio y la responsabilidad juvenil.
4. Vincular a la comunidad en la prevención del delito en condiciones de seguridad y con pleno respeto de sus derechos fundamentales⁷⁶.

⁷⁵ “(...) no se quiere restringir la protesta, pero tampoco tolerar abusos como los que evidenciamos en ese paro camionero en donde pusieron en riesgo la salud alimentaria de vastas zonas del país, eso es lo que se quiere y muy particularmente para los organizadores de esas movilizaciones, tener una norma que le permita al Gobierno y a las autoridades actuar”.

⁷⁶ Exposición de motivos. Proyecto de Ley nº164 de 2010. Cámara de representantes.

1.2. La seguridad ciudadana como valor tutelable penalmente.

Pese a las circunstancias dadas para la tipificación de la conducta de obstruir vías públicas, en el ámbito de la criminalización primaria se legitima tal acción (de tipificar) por la protección de la 'seguridad ciudadana' como valor protegible penalmente, esto crea problemas, pues desde las diferentes líneas del derecho penal se tienen nociones distintas del valor que 'la seguridad ciudadana' debe representar para ser tutelada penalmente; de esta manera, abordaremos en primera medida ,lo que la jurisprudencia colombiana ha referido frente a este derecho como penalizable desde la tipificación del acto de obstruir vías, mencionado en el apartado anterior, en seguida trataremos lo que se entiende por seguridad ciudadana y la afectación del orden publico en el contexto internacional y nacional, para finalmente tratar el tema de lo justificable o no que puede ser la tutela penal de este valor.

1.2.1.La seguridad ciudadana y el orden publico en la jurisprudencia colombiana.

La Corte Constitucional, en sentencia C 995 de 2004, hace una referencia a la seguridad ciudadana ordinaria, no asociada al conflicto armado. Indica que esta se trata de la regulación de ciertas actividades realizadas por los particulares, dirigidas a disminuir los riesgos personales que puedan amenazar la vida, la integridad física o los bienes de las personas, y cuyo empleo no implica una modificación de su estatus de población civil de conformidad con el principio de distinción que consagra el derecho internacional humanitario; además de esto, la seguridad es una función pública primaria a cargo del Estado que tiene fundamento en los artículos 1 y 2 de la Constitución Política. A los particulares se los posibilita el ejercicio de la vigilancia y seguridad privada en las condiciones y términos señalados en la ley, de acuerdo con los límites que la misma actividad

prescribe. Por tratarse de un servicio público fundamental a cargo del Estado, la seguridad debe contener un marco de acción y ejercicio que no implique poner en riesgo intereses jurídicamente tutelados ni obstruir o impedir la labor de la Fuerza Pública y de los demás organismos de seguridad e investigación del estado, en últimas debe orientarse a la protección de la seguridad ciudadana.⁷⁷.

En sentencia SU 476 de 1997, tenemos que la noción de orden publico “se encuentra en las condiciones mínimas de seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad que deben existir en el seno de la comunidad para garantizar el normal desarrollo de la vida en sociedad”; para que esto se de, se haría necesario que el Estado a través de sus autoridades adelanten una labor preventiva que las haga efectivas. En esta sentencia, de igual manera se le da el carácter de derecho fundamental a la seguridad por conexidad; esto porque su desconocimiento puede conducir a la amenaza o violación de uno o varios derechos fundamentales como la vida, la intimidad personal y familiar, la salud, la paz, etc.⁷⁸.

Escobar indica que la Corte Constitucional ha dotado de forma y naturaleza propia al derecho a la seguridad ciudadana. Así, considera que este es en realidad un derecho autónomo de naturaleza fundamental y, en ciertos casos, de carácter colectivo, cuyo origen subyace en la lectura sistemática de varias disposiciones constitucionales⁷⁹.

En sentencia C – 742 de 2012 se ha declarado exequible este artículo, porque a consideración de la Corte, para que el acto pueda considerarse típico, se debe demostrar que se alteró el funcionamiento regular de las vías o infraestructuras de transporte, y que de ese modo se atentó contra la vida humana, la salud publica, la seguridad alimentaria, el medio ambiente y el derecho al trabajo, incluyendo un daño al menos potencial para la seguridad pública. Por otro lado, se indica desde el artículo 353^a del Código Penal, en su parágrafo, que saldría la acción del

⁷⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C - 995 de 2004 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; Octubre 12 de 2004)

⁷⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-476 de 1997 (M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; Septiembre 25 de 1997)

⁷⁹ ESCOBAR, Guillermo. Seguridad ciudadana. VIII informe derechos humanos. Federación Iberoamericana de Ombudsman. Madrid :Trama Editorial, 2011. p. 495.

tratamiento penal, si existe 'permiso para hacer efectivo el derecho de protestar', restricción que se ve mitigada por la Corte, cuando indica que allí donde dice "permiso" no debe entenderse como la competencia para restringir el derecho de reunión, pues ese entendimiento sería inconstitucional, sino como el resultado de un aviso previo, que no persigue solicitar autorizaciones para ejercer un derecho fundamental, sino que "tiene por objeto informar a las autoridades para que tomen las medidas conducentes a facilitar el ejercicio del derecho sin entorpecer de manera significativa el desarrollo normal de las actividades comunitarias"⁸⁰

Según la norma, no cualquier bloqueo de vías en el curso de una protesta esta penalizado sino el que se realice por medio ilícitos, esto es, según la Corte "aquellos medios que estén contemplados como contrarios a derecho en una ley formal y material"

Según lo dicho por la Corte, no bastaría entonces con la obstrucción de una vía para ir a la cárcel, el inicio de un proceso penal sólo será posible si se hace por medios ilícitos tales como herir a algún transeúnte o disparar armas. Sin embargo, esta penalización sigue siendo problemática, pues se tendría por ilícito, acciones que siendo derivadas de la protesta, serían judicializadas por ser parte de un delito tipificado penalmente tales como el daño en bien ajeno o el incendio, por bloqueos mediante el fuego⁸¹.

Pese a lo que la Corte indica, las protestas que tienen como móvil la obstrucción de vías de forma pacífica también tienen como víctima a sus manifestantes de capturas y la consecuente imputación de este delito que sin más que obstruir vías, sin acciones derivadas de la protestas como indicábamos anteriormente, terminan cercenando el derecho constitucional a protestar por medio de este acto⁸².

⁸⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C -742 de 2012 (M. P. María Victoria Calle Correa; Septiembre 26 de 2012)

⁸¹ El bloqueo a la protesta. <http://m.semana.com/opinion/articulo/el-bloqueo-protesta/266152-3> recuperado el 09 de junio de 2014

⁸² Visto en <http://www.elpais.com.co/elpais/judicial/noticias/por-obstruccion-publica-sera-imputados-capturados-paro> recuperado el 07 de abril de 2015

“De esta manera, las pretensiones crítico-emancipatorias y utópicas de una supuesta jurisprudencia progresista se ven necesariamente cuestionadas cuando no invalidadas, teniendo que ser concebidas y desplazadas al campo político donde realmente encuentran el medio más adecuado para su realización.”⁸³

1.2.2. ¿Qué se entiende por seguridad ciudadana y la afectación del orden público?

Inicialmente se debe decir que el concepto de *la seguridad ciudadana* no posee una raíz jurídico penal, este es un término sociológico cuyo contenido esta inmerso en la orbita de la criminología y también como objeto de estudio para la política criminal⁸⁴.

En el ámbito internacional y local, es considerada como un derecho; aunque ningún instrumento internacional ha reconocido el derecho a la seguridad ciudadana, por el reconocimiento de los Derechos Humanos; desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tenemos el concepto desarrollado por Naciones Unidas de *seguridad humana*, por lo que la *seguridad ciudadana* podría considerarse una de las dimensiones para garantizar el concepto universal⁸⁵.

En esta línea, la Organización de Estados Americanos, trabaja el concepto de *seguridad hemisférica*, incluyendo con esta, la prevención de la delincuencia, la violencia, la seguridad pública y el tratamiento de las pandillas. Aquí, los ministros de las Américas se han preocupado por el tratamiento del concepto de *seguridad*

⁸³ QUINTANA, Oscar. Alienación, ideología y cosificación: una mirada desde las teorías críticas a la jurisprudencia colombiana. Bogotá: Pensamiento Jurídico N° 24. UNIJUS, 2009. p. 133

⁸⁴ RUBIO, Pedro Angel. Derecho penal y seguridad ciudadana. Madrid: CESEJ – Ediciones. 2009. p. 11.

⁸⁵ ESCOBAR, Guillermo. Seguridad ciudadana. VIII informe derechos humanos. Federación Iberoamericana de Ombudsman. Trama Editorial, 2011. En MACHADO, Camilo Iván. Estrategias y políticas criminales en un entorno de seguridad ciudadana. En XXXIV Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Retos del derecho penal contemporáneo: corrupción y seguridad ciudadana. Bogotá : Universidad externado de Colombia, 2012. p. 207.

*pública*⁸⁶, ante la preocupación ciudadana por la inseguridad y el temor al delito, tal cual se puede observar en su informe de la Secretaría General de la OEA⁸⁷

La *seguridad ciudadana* como una de las dimensiones de la *seguridad humana*, se encuentra desde el estricto cumplimiento de los Derechos Humanos de todos los ciudadanos, así, ante el Derecho Internacional Humanitario, el desarrollo de esta en cuestión se lleva a cabo incluso con el respeto y garantía de cumplimiento de los Derechos Humanos, de quienes no respetan los derechos de los demás⁸⁸.

Desde la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, tenemos que en su informe sobre *Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos*, tienen que el concepto de *seguridad ciudadana* es el más adecuado para abordar los temas de criminalidad y violencia desde la perspectiva de Derechos Humanos, en lugar de los conceptos de seguridad publica, seguridad humana, seguridad interior u orden público⁸⁹. La *seguridad ciudadana* es considerada como una función publica, desde la concepción de ejercicio de la atribución soberana del Estado, dirigida a precaver y sancionar todo comportamiento delictivo frente a la vida, la integridad y el patrimonio de las personas, sin ningún tipo de discriminación por razones de sexo, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. Entre los conceptos afines a la *seguridad ciudadana* como función publica, la Constitución reconoce la obligación del Estado de conservar el orden publico, para lo cual le confiere el monopolio de las armas⁹⁰. Así mismo, como derecho

⁸⁶ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA) La seguridad publica en las Américas: retos y oportunidades. Segunda edición. 2008

⁸⁷ “La situación relativa a la seguridad pública constituye hoy la principal amenaza para la estabilidad, el fortalecimiento democrático y las posibilidades del desarrollo de nuestra región. La violencia y la inseguridad en general afectan al conjunto de nuestra sociedad y deterioran severamente la calidad de vida de nuestros ciudadanos, quienes se sienten atemorizados, acosados y vulnerables ante la amenaza permanente de la victimización”

⁸⁸ MACHADO, Camilo Iván. Estrategias y políticas criminales en un entorno de seguridad ciudadana. En XXXIV Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Retos del derecho penal contemporáneo: corrupción y seguridad ciudadana. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 2012. p. 205

⁸⁹ ESCOBAR, Op. Cit. p. 208

⁹⁰ Constitución Política de Colombia. Artículo 213. “ En caso de grave perturbación del orden publico que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado,

fundamental, se ha entendido la noción de *seguridad ciudadana* desde el desarrollo de los derechos a la vida, a la libertad, a la integridad física, entre otros⁹¹.

En un artículo emitido en diciembre de 2013 por parte de La Oficina Internacional de Derechos Humanos – acción Colombia, se define lo concerniente a lo que significa la afectación del orden publico en clave de la Ley de Seguridad Ciudadana; se tiene entonces que *obstrucción a vías publicas que afecten el orden publico*, se define de modo muy amplio, pues bajo el concepto de orden publico se incluye el derecho al trabajo y su afectación⁹², además de la afectación a la salud publica, la seguridad alimentaria, el medio ambiente y la vida humana. De igual manera se entiende por afectar el orden publico, la perturbación en servicio de transporte publico, colectivo u oficial; en línea con la seguridad ciudadana y lo que sería orden publico desde esta; Angela Maria Buitrago citando a Ripollés, hace una crítica del derecho penal frente a la noción del papel que cumple éste como “pacificador” y responsable de la seguridad ciudadana; indica que este modelo (de seguridad ciudadana) “satisface muchas de las necesidades: se asienta sobre un conjunto de valores que se estiman incuestionables, distingue nítidamente entre ciudadanos y delincuentes, preconiza la dureza frente a sus intrusos y extraños e ignora las desigualdades sociales”⁹³ es decir, seguridad y orden de modo abstracto en beneficio de esa parte de ciudadanía que se apropia de la noción de orden y seguridad, antes mencionada.

o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de Policía (...)

⁹¹ MACHADO, Op. Cit. p. 209.

⁹² Visto en <https://alfresco.uclouvain.be/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/0fbafd5d-08ba-4ba4-910d-2d97d4a0335d/Criminalización%20protesta%20Colombia.pdf> recuperado el 07 de octubre de 2014.

⁹³ BUITRAGO, Ángela María .Riesgo y seguridad ciudadana. Nuevo paradigma penal. En XXXIV Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Retos del derecho penal contemporáneo: corrupción y seguridad ciudadana. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 2012..p. 78.

1.2.3. La seguridad ciudadana como valor protegible por el derecho penal.

Empezamos por indicar que la seguridad de las personas como objetivo del Estado, es una cuestión que se vuelve exigible; sin embargo, entre ella y la 'seguridad ciudadana' como estrategia de alcanzar tal seguridad, se evidencia el uso de este término (que a su vez ,como hemos mostrado en apartados anteriores, resulta vago e impreciso) como una mera manifestación del poder penal del Estado, donde bajo dicho 'lema', sólo tiene por recurso el castigo, que se hace cada vez más fuerte, desapareciendo las garantías de un sistema penal democrático y de derecho⁹⁴; tenemos así que cuando se habla de "seguridad ciudadana", a lo que se está induciendo, es a la legitimación de aquella lucha contra la delincuencia desde tácticas de "Ley y Orden" o "Tolerancia cero"⁹⁵ lo que propone sin reservas, es la progresiva desaparición de las garantías y los principios en pro de mayor eficacia, llevando a la noción, de quienes proponen estas medidas, de considerarlo una guerra más que una problemática social⁹⁶.

Tenemos por otro lado, que esta percepción de guerra se materializa con la sensación de inseguridad de la que hoy es 'víctima' la ciudadanía a causa (no exclusiva) del crecimiento de la expansión de los medios de comunicación, generando que los índices de temor sean mayores a las cifras reales de delincuencia, lo que hace que la exigencia de la opinión pública sea la 'mano dura' urgente en combate de la criminalidad. Esto lo observamos en la exposición de motivos del proyecto de ley de seguridad ciudadana cuando se habla de los graves atentados contra la ciudadanía a manos del terrorismo, la criminalidad organizada y la delincuencia, lo que implica la urgente protección de las garantías

⁹⁴ CARDOZO, Rodrigo Cristhian. La seguridad ciudadana como tendencia político criminal. Santiago de Chile: Editorial Leyer. p. 46

⁹⁵ BRANDARIZ, José. Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2004. p. 17 y 18.

⁹⁶ CARDOZO, Op. Cit. p. 48.

ciudadanas⁹⁷, y la legitimación que recibe esta ley por parte de una ciudadanía que demanda más protección⁹⁸.

Sin embargo, la tipificación de conductas, junto con la creación de la seguridad ciudadana como un valor a ser protegido penalmente, se ve legitimada desde el derecho penal moderno, en donde se distingue el deber de protección de nuevos ámbitos de la criminalidad, bajo la tesis de que al avance de la historia, la delincuencia avanza también y el derecho penal ‘clásico’ no tiene la posibilidad de combatir esta nueva delincuencia. En esta línea, Silva Sánchez distingue al derecho penal como un instrumento cualificado de protección a bienes jurídicos, justificando que la expansión del derecho penal, obedezca a la aparición de nuevos intereses lo que lleva a la creación de nuevos bienes jurídicos y su consecuente tutela, además de lo dicho, el profesor Silva, afirma que desde la sociedad postindustrial se ha desarrollado el ‘anti valor’ de “objetiva inseguridad” causando que se deba contrarrestar esta sensación a manos del derecho penal⁹⁹. Desde lo anterior se busca la protección de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, lo que convierte al derecho penal en un instrumento no de reacción frente a daños, sino que se transforma en instrumento de la política de seguridad¹⁰⁰ en pro de la protección a un sector de la sociedad¹⁰¹.

1.3. Protección a bienes jurídicos como límite a la criminalización primaria

Los bienes jurídicos son considerados como límites al poder de castigar que tiene el Estado por algunos movimientos del derecho penal, sin embargo, tenemos

⁹⁷ Exposición de motivos, Proyecto de Ley N°164 de 2010 de seguridad ciudadana p.1. Por: German Vargas Lleras, Ministro del Interior y de justicia; Rodrigo Rivera Salazar, Ministro de Defensa Nacional; Guillermo Mendoza Diago, Fiscal General de la Nación.

⁹⁸ CARDOZO, Op. Cit. p. 59

⁹⁹ SILVA SANCHEZ, Jesús María. La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en los sociedades post industriales. Madrid: Editorial Civitas, 2001. S.p.

¹⁰⁰ SOTOMAYOR, Juan Oberto. ¿El derecho penal garantista en retirada?. Revista Penal N° 21. Enero de 2008. p. 152

¹⁰¹ CARDOZO, Op. Cit. s.p.

otras posiciones que antes que límites al momento de tipificar conducta, los usan como una razón para ello, lo que deja dudas frente a la manera más razonable en que se debe usar, en torno a un derecho penal en constante constitucionalización; en este sentido, hablaremos en primera medida del tratamiento jurisprudencial que se ha dado a los límites de la criminalización primaria en Colombia, como una manera de delimitar el ‘deber ser’ de la tipificación penal, en seguida, analizaremos la noción de bien jurídico como razón de acción del *ius puniendi* estatal, luego la idea del uso de los bienes jurídicos como límite al poder de castigar que tienen los Estados y finalmente el bien jurídico desde una concepción constitucional.

1.3.1. Los límites de la criminalización primaria en la jurisprudencia colombiana.

En la sentencia C 038 de 1995, se hace un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional a propósito del fenómeno de la constitucionalización del derecho penal, especialmente frente al *ius puniendi*; indica entonces la Corte, que ha habido una constitucionalización porque tanto en materia sustantiva, como procedimental, la Constitución introduce preceptos, enfatiza en valores y postulados, esencialmente frente al tema de los derechos fundamentales encontrados en ella, lo que afecta directamente el derecho penal en pro de la determinación de su alcance. Lo anterior indica que el legislador no tiene discrecionalidad absoluta al momento de tipificar ciertas conductas, pues su actuación debe estar acorde con el respeto de los derechos constitucionales de las personas, siendo estos, el fundamento y el límite del poder punitivo: fundamento, porque el *ius puniendi* debe orientarse a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales; y límite porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas.

En el ámbito de la criminalización primaria, tenemos a un legislador que no puede desbordar la Constitución encontrándose sometido a ella en primera medida por

ser norma de normas. Sin embargo, en función del pluralismo y la participación democrática, el Legislador puede tomar diversas opciones dentro del marco constitucional, esto es denominado por la doctrina constitucional comparada como ‘libertad de formación democrática de la voluntad’ o ‘libertad de configuración política del Legislador’. Así, el legislador puede y debe describir conductas en tipos penales, siempre que estas no se encuentren prohibidas de forma expresa por la constitución, cuando se considere necesario acudir al derecho penal como *ultima ratio*, y cuando se requiera defender el interés jurídico de eventual menoscabo y garantizar así el goce natural y en función social de los derechos de las personas¹⁰².

Así mismo, en sentencia C 936 de 2010, se entiende que las leyes penales, como expresión de una política, y dado su carácter de normas jurídicas, deben respetar la Constitución, pues cuando una política pública se formula en un instrumento jurídico, se debe respetar el ordenamiento superior; desde el ámbito penal, este imperativo resulta aún más exigible que en otros ámbitos de políticas públicas, pues se trata de una parte del sistema jurídico en el que los derechos fundamentales se encuentran íntimamente implicados, sea desde el imputado o desde la víctima, encontrando igualmente comprometido el interés de la sociedad. El margen del órgano que adopta la política pública es más amplio o reducido según sean mayores y más detallados los condicionamientos establecido en la Constitución Política¹⁰³.

1.3.2. Los bienes jurídicos: un enfoque positivista y desobligante.

Iniciamos con Jakobs, quien desde una perspectiva funcionalista, indica que el derecho penal no tiene como función proteger bienes jurídicos, sino reafirmar la vigencia de la norma; para Jakobs los bienes jurídicos no se protegen de modo

¹⁰² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C - 038 de 1995 (M. S. Alejandro Martínez Caballero; Febrero 09 de 1995)

¹⁰³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C - 936 de 2010. (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; Noviembre 23 de 2010)

incondicionado, pues en muchas ocasiones estos desaparecen de manera que al derecho no le interesa, siendo claro así, que la relevancia de los bienes jurídicos es relativa, y se vislumbra tan solo en una determinada puesta en peligro para que las personas no ataquen estos bienes, pero no, para garantizar la existencia de los mismos, pues reconoce que son meros bienes que pueden perecer; entonces, el derecho penal no protege bienes de modo genérico que han sido proclamados como jurídicos, sino que protege ciertos bienes contra ataques donde siendo objeto del derecho, se convierten en bienes jurídicos. De esta manera se aparta la noción de bien, y se entiende la correlación de las personas en una sociedad, de manera que se pretende evitar que un sujeto ataque al resto, y no la preservación de un bien¹⁰⁴.

Desde el punto de vista del derecho penal, el bien aparece exclusivamente como pretensión del titular de que este sea respetado, el bien no ha de representarse como objeto físico o algo similar, sino como norma, como expectativa garantizada. De igual manera, en otros casos se ve que no hay protección de bien jurídico sino de “defraudación del rol asignado”, así se pueden penar a personas que no han lesionado ningún bien jurídico, y de igual manera, hay lesiones a bienes jurídicos que no deben ser penadas; el factor común a todos los ilícitos no es la lesión de un bien, pues ella puede existir o no, sino que lo que existe en todos los ilícitos es el abandono de un rol que defrauda una expectativa¹⁰⁵

Birnbaum por su lado, explica que el “bien” se desarrolla en el sentido de objeto de protección y a su vez como núcleo de un injusto; lo anterior, se desarrolla en la época de La Restauración, donde resulta difícil que su teoría sobre el ‘bien’ representara un límite político criminal efectivo, por el contrario, el “bien” parece más bien ser un ‘instrumento restaurativo’ del Estado que le va a permitir incriminar toda conducta que pueda perturbar las nuevas condiciones sociales que se conformaron con la Restauración. El “bien” en el autor, encierra las

¹⁰⁴ JAKOBS, Günther, “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, en Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en el Derecho penal, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 41 y 42.

¹⁰⁵ Ibíd. p. 43 y 44.

condiciones de vida en común, pero objetivadas y singularizadas, y “será el Estado el que las fijará en cuanto poder, en cuanto titular de la soberanía”¹⁰⁶.

Según Binding la esencia del derecho penal se conforma por normas deducibles de la ley penal y conceptualmente anteriores a ellas, consistentes en un imperativo en orden a prohibir la realización de una conducta o bien de realizarla; así mismo, para el autor también hay en el delito lesión de derechos subjetivos, este es “un derecho de mandar, sin mayor contenido, apto para exigir la obediencia y ejercer el imperio” por lo que el titular de este derecho subjetivo, será el Estado quien es el creador de la norma.¹⁰⁷

Sin embargo, esta tesis de la afectación de los derechos subjetivos del Estado, trae un problema y es la difícil distinción entre infracciones administrativas y delitos, por lo que se enfoca en encontrar el fin de las normas. Indica entonces que el legislador busca las condiciones concretas para el desarrollo de una vida sana en común, haciendo realmente importante la protección en objetos, estados y en las personas, mas que en los derechos. Busca entonces el legislador, la sustancia que la agresión perturbadora del derecho realza y atrae, y con ello encuentra el objeto de la inmediata necesidad de la pena, se transforma en objeto de la norma y su lesión se asume como un hecho punible; estos objetos son los denominados bienes jurídicos¹⁰⁸

“por su calidad de bienes para la vida jurídica” siendo además el principal objeto del delito. Este va a ser entonces “todo lo que en si mismo no es un derecho, pero que en los ojos del legislador es de valor como condición de la vida sana de la comunidad jurídica, en cuyo mantenimiento incólume y libre de perturbaciones tiene interés desde

¹⁰⁶ HORMAZABAL, Hernán, Bien jurídico y Estado Social y Democrático de derecho (El objeto protegido por la norma penal). Dirigida por: BUSTOS, Juan y HORMAZABAL, Hernán. Barcelona: promociones y Publicaciones Universitarias, S.A. 1991. p. 32,33

¹⁰⁷ BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Uebertretung*, 3 ed., Leupzig, Verlag Felix Meiner . 1916 p. 340 Citado por HORMAZABAL, Hernán, Bien jurídico y Estado Social y Democrático de derecho (El objeto protegido por la norma penal). Dirigida por: BUSTOS, Juan y HORMAZABAL, Hernán, Barcelona: promociones y Publicaciones Universitarias, S.A. 1991. p. 40

¹⁰⁸ .Ibíd. p. 41

su punto de vista y que por ello hace esfuerzos a través de sus normas para asegurarlo ante lesiones o puestas en peligro no deseadas”¹⁰⁹

Binding asegura que el modelo de sociedad ideal esta constituido por la suma de los juicios de valor objetivados del legislador, teniendo con ello la base para el desarrollo de una política de defensa social centrada en la exclusiva consideración del derecho positivo¹¹⁰, en esta línea, el individuo queda frente al Estado en una situación de total sometimiento, bajo el riesgo de arbitrariedad y queda sin herramientas dadas por el iusnaturalismo o las ciencias sociales. El Estado será ese ente al que todo converge, donde desde la selección de bienes jurídicos y la ejecución penal, se encuentra en función de las proyecciones políticas de ese Estado. El individuo entonces es un simple obediente del proyecto que el Estado tiene para él, y tiene que ser así si no quiere sufrir el castigo que el mismo le impone. La norma y el bien jurídico serán los legitimadores del poder coactivo del Estado, ellos tienen incluso la capacidad de legalizar las conductas que sean de corte arbitrario por parte del Estado.

Para Von Liszt, la noción de ‘bien jurídico’ indica que estos son intereses protegidos por el derecho, y a su vez son intereses jurídicamente protegidos vitales al individuo o a la comunidad, lo anterior, limitado por grupos sociales o contextos históricos. La creación del bien jurídico está, antes que el derecho mismo, y se fundamenta en la vida y sus relaciones sociales; entonces, el bien jurídico no tiene mas limite que aquellos determinados intereses o finalidades en una sociedad determinada que el legislador quiere proteger por medio de la amenaza a quienes los quieren atacar¹¹¹. Para Liszt, el bien jurídico no es sólo el producto de una decisión política, sino antes que nada, un juicio de valor del

¹⁰⁹ BINDING, Karl. Die Normen und ihre Uebertretung, 3 ed., Leupzig, Verlag Felix Meiner . 1916 p. 113 en HORMAZABAL, Hernán, Bien jurídico y Estado Social y Democrático de derecho (El objeto protegido por la norma penal). Dirigida por: BUSTOS, Juan y HORMAZABAL, Hernán, Barcelona: promociones y Publicaciones Universitarias, S.A. 1991. p. 42

¹¹⁰ BINDING, Op. Cit. p. 46

¹¹¹ HORMAZABAL, Op. Cit. p. 110-112

Estado, un interés de este; así, el delito se vuelve una contravención de la norma objetiva porque ofende el interés del Estado.

La tesis de Von Liszt, esta influenciada por la escuela positivista italiana, además de Rudolph Von Ihering, para él, los intereses constituyen el motor que mueve al mundo social, lo que implica consecuencias para la consecución de un fin, de esta manera, las normas se deben interpretar desde el fin que deben lograr, que no es otro mas que el de asegurar las condiciones de vida en común; las disposiciones penales, también deben tener que asegurar las condiciones de vida en sociedad por lo que no se puede estar de acuerdo con la simple definición del delito como una conducta que será amenazada con una pena, pues esto solo obedece al aspecto externo y no a su esencia. Para el autor, la pena entonces solo es subsidiaria cuando no se puede evitar de otro modo las agresiones a las condiciones de existencia social, el delito sería entonces: la puesta en peligro de las condiciones de vida social que sólo puede ser enfrentada con la pena; sin embargo, este ‘peligro’ quedará determinado por la apreciación del legislador. La pena por su parte, será el indicador del valor del objeto ofendido.¹¹²

De esta manera, ambas tesis tienen una función de legitimador del Estado, en un caso como el creador del orden jurídico y en el otro como quien valora las condiciones de vida en sociedad¹¹³

Bacigalupo indica que el derecho penal moderno (desde Binding) se desarrolla desde la idea de la protección a bienes jurídicos. Frente a esta idea, tenemos que el legislador amenaza con pena las acciones que vulneran o ponen en peligro, determinados intereses *-naturales-* de una sociedad determinada; así, la vida, la libertad, la propiedad, entre otros, son intereses o finalidades de la sociedad que el legislador quiere proteger, amenazando a quienes los ataquen con la aplicación de una pena, por lo que estos intereses se convierten a través del orden jurídico positivo, en bienes jurídicos. “De la idea de protección de bienes jurídicos se deducen en la teoría límites para el *ius puniendi*, es decir para el derecho de dictar

¹¹² Ibíd. p.50

¹¹³ Ibíd. p.56

leyes penales”¹¹⁴

Para Wolf, los bienes jurídicos se situarán como ‘eslabones’ entre el mundo de los valores ideales y la realidad, la lesión de bien jurídico será un acontecer de la realidad, pero de la realidad plena de sentido de la cultura y no de la realidad de la naturaleza. Así, la lesión de un bien jurídico no será un cambio del mundo empírico, sino que será un ‘puro resultado jurídico’, los resultados que se producen en la naturaleza, no afectan los bienes jurídicos, sino al objeto de la acción, esto es, a su ‘sustrato cultural empírico’ el que se distingue del bien jurídico. En línea con Wolf está Mittasch, quien siguiendo el camino de la espiritualización del bien jurídico, lo sustrae de la realidad cultural, concibiéndolo como algo ‘inmaterial’ algo ‘vigente’ por lo que la noción de bien jurídico solo se podría referenciar de modo figurado.¹¹⁵

Desde Amelung, el contenido del bien jurídico esta condicionado por lo que es “socialmente dañoso” teniendo dentro de esta categoría “los acontecimientos disfuncionales, los fenómenos sociales que impiden o dificultan al sistema social la superación de los problemas que obstaculizan su progreso” Entonces, el delito “es solo un caso especial de fenómeno disfuncional” en últimas, el bien jurídico son las condiciones de existencia de la vida social. En relación con la legitimidad de las normas que portan bienes jurídicos, señala Amelung que queda condicionada a dos premisas del ‘sistema jurídico’: que contribuya al mantenimiento del sistema social republicano federal y que la estructura de este sistema social quede legitimada por el derecho constitucional. De esta manera la legitimación del sistema dependería de un subsistema lo que sería contradictorio con la teoría funcionalista en la que se basa el autor, y de igual manera no se permite el desarrollo del principio garantista de carácter liberal contenido en un programa de derecho penal de “exclusiva protección de bienes jurídicos” ya que el contenido del concepto se hace derivar de las condiciones de mantenimiento de

¹¹⁴BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2a ed., Buenos Aires : Hammurabi, 1999. p. 43 y 44.

¹¹⁵HORMAZABAL, Op. Cit. p. 66 y 67

una determinada estructura social que mediatiza y encubre las necesidades reales de los individuos en dicha estructura. El bien jurídico en este contexto carece de importancia y como referente material para limitar el *ius puniendi* estatal ofrece pocas posibilidades¹¹⁶.

Gracia, por su parte, indica que el derecho penal tendría que reaccionar en una medida equivalente a la dañosidad social frente a formas específicas de esta, las que se habrían desarrollado en las sociedades industriales desarrolladas; esto, requeriría de un cambio de perspectiva hacia las clases media y alta, de una cuidadosa explicación de los bienes jurídicos colectivos puros para diferenciarlos de bienes jurídicos aparentes, y de una atención mas concreta frente a aquellos sectores de distribución colectivos a los que se tiene que conectar el Derecho penal, para garantizar la necesaria protección de bienes jurídicos.¹¹⁷

1.3.3. Los bienes jurídicos como límites al ius puniendi estatal.

Rusconi por su parte, establece que el concepto de la protección de bienes jurídicos, es el que debe transformarse en la idea rectora de la formación del tipo y en la legitimación de la intervención punitiva; el derecho penal es el instrumento al que se acude sólo para la protección de los intereses vitales de la comunidad, esto es, la vida, la libertad, el honor, la propiedad , etc., entendiéndose que tal principio (derecho penal protector de intereses vitales de la comunidad) se debe entender como una garantía del individuo frente al poder estatal¹¹⁸. Se tiene pues, que la teoría del bien jurídico lejos de fundar en razones explicables la legitimidad del sistema de control penal, lo que pretende es establecer como condición de ilegitimidad un déficit material de la actividad legislativa. Así, el derecho penal sería ilegítimo si sus normas no se pueden reconducir a la protección de bienes y

¹¹⁶ HORMAZABAL, Op. Cit. p. 110-112

¹¹⁷ GRACIA MARTIN, Luis .Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. Valencia: Edita Editorial TIRANT LO BLANCH, 2003. S.p.

¹¹⁸ RUSCONI, Maximiliano. Derecho penal. Parte general. Buenos Aires : Ad-Hoc, 2007. p. 78.

adicionalmente sería ineficaz si no logra esa protección a la cual remite el discurso normativo¹¹⁹

Silva Sánchez expresa que la base del sistema penal y de la política criminal se encuentra mediado por la relatividad socio – cultural, lo que hace que se legitime la introducción incluso de soluciones disfuncionales a un determinado sistema socio – político siempre que se afecte el núcleo de la dignidad de la persona; en este caso el bien jurídico será creado de acuerdo con las necesidades del contexto socio – político, pero la base de este tiene que ser la determinación del núcleo resistente a los ‘relativismos culturales’, en línea con la afectación a la dignidad personal¹²⁰.

En esta línea, expresa Shünemann, que un contexto social exige un Derecho penal con instrumentos que permitan enfrentar a las nuevas complejidades, tales como la criminalidad organizada, los delitos medioambientales, etc. Sin embargo, esos instrumentos tendrían que estar sometidos a control por parte del derecho sustancial frente a los peligros del peligro abstracto, los bienes jurídicos supraindividuales, etc.¹²¹

La cuestión del uso al derecho penal es abordado por Mendoza Buergo desde la importancia de la tensión entre la defensa y el respeto de los valores y principios básicos del Derecho Penal garantista frente a la consecución de fines político-criminales de defensa o seguridad que pueden amenazar su vigencia; esto, más allá de la frecuente crítica a la funcionalización o excesiva instrumentalización del Derecho penal por los fines políticos. De acuerdo a lo anterior, tenemos la cuestión de elegir entre un derecho penal limitado o un derecho penal intervencionista y expansivo, teniendo entonces que no se busca defender un

¹¹⁹ Ibid. p. 88

¹²⁰ SILVA SANCHEZ, Jesús María. Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal. *Revista de derecho penal y criminología* N° 9, 2002, p. 86

¹²¹ SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1996. Bogotá (Col)

derecho penal mínimo *per se* sino que se debe partir de la reflexión frente a la pregunta acerca de los costos que estamos dispuestos a pagar para alcanzar una dudosa ‘eficacia’ en la reducción del delito¹²².

Alcacer Guirao hace una crítica al papel legitimador del derecho penal, como aquel que procura la protección de bienes jurídicos individuales, afirmando que ella no es plausible visto desde el carácter liberal de los bienes jurídicos a proteger, en este punto, refiere que el núcleo axiológico de los bienes, se encuentran en la libertad del ciudadano, y no en la sociedad o el Estado, por lo que el derecho penal debe proteger los bienes del ciudadano; sin embargo afirma que el Estado y la sociedad, así como las estructuras que los sostienen y legitiman, no se entiende como fines en sí mismo, sino que son medios intersubjetivos para el desarrollo de la persona en la sociedad¹²³.

Por su parte Muñoz Conde y Hassemer afirman que es fácil entender por qué el legislador usa la vía de expansión en la aplicación del derecho penal; a modo de crítica aseguran que los delitos de peligro abstracto amplían en gran medida el ámbito de aplicación del derecho penal pues al prescindir del perjuicio, se prescinde también de eliminar la causalidad, utilizando este tipo de delitos en lugar de los delitos de lesión o de peligro concreto, lo que disminuye también las posibilidades de defensa, los presupuestos y las limitaciones del castigo. Así, la protección de bienes jurídicos en el moderno Derecho penal, es cada vez más una protección institucional, de ello se deriva que los bienes jurídicos a proteger sean universales y no individuales; esta protección institucional, se vuelve el factor legitimante de la expansión del uso del derecho penal, por esto es indispensable

¹²² MENDOZA BUERGO, Blanca. *Limites dogmáticos y político – criminales de los delitos de peligro abstracto*. Editorial Comares, S.L, 2001. Granada (Esp.)p. 190

¹²³ ALCACER GUIRAO, Rafael. *La protección del futuro y los daños cumulativos*. VII jornadas de profesores y alumnos de Derecho Penal de las Universidades de Madrid, celebrada los días 10, 11 y 12 de abril en la Universidad Autónoma de Madrid. (Esp.)

que se sigan teniendo en cuenta, con la invocación de bienes jurídicos, no necesidades de tipo institucional sino de tipo personal¹²⁴.

Hassemer hace una clasificación de las teorías de bien jurídico conocidas según si cumplen una función crítica, o una función sistemática; las primeras sitúan al bien jurídico mas allá del derecho penal, y las segundas reducen al bien jurídico a una creación del legislador. El autor, se ubica en la primera clasificación; a su juicio, la indeterminación en la noción de bien jurídico, encuentra su problema en el descuido del derecho en relación con la realidad. El autor entiende que el bien jurídico no es un fenómeno puramente normativo, por lo que hace derivar de ello unas líneas directrices para una política criminal racional. Su reflexión sobre los bienes jurídicos lo lleva a considerar que la protección a los mismos, lleva a anticipar su lesión, por lo que habrá una ampliación en la protección del bien. Así, el centra el problema en la búsqueda de un principio prepositivo que jerarquizando los bienes jurídicos, marque pautas a la política criminal. Esto no significa que tenga que quedar a manos del legislador, sino que estas decisiones de determinación, están vinculadas a un contexto histórico cultural concreto, por lo que concluye que un bien jurídico y la comprensión de su valor, no tiene un fundamento racional. Hassemer indica que al bien jurídico como elemento fundante del merecimiento de pena debe oponerse las limitaciones de la punibilidad que se engloban bajo el concepto de “formalización de la administración de justicia” tales como la subsidiariedad del derecho penal, la dañosidad social, la protección de la dignidad del hombre, etc. Con lo que se logrará rescatar en el contexto actual la capacidad limitadora del ius puniendi con el bien jurídico. De igual manera, hace una crítica al papel que juega el bien jurídico en cuanto a su capacidad de hacer aportes al derecho penal, y esto se da por los delitos de víctimas difusas tales como la economía, el medio ambiente, el abuso de drogas, donde el bien jurídico aparece mas difuso y el derecho penal protege funciones, dando lugar a tipos excesivamente amplios, una solución para

¹²⁴ HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. La responsabilidad por el producto en Derecho penal. Valencia : TIRANT LO BLANCH, 1995. p. 28 y 29.

rescatar el concepto de bien jurídico en el derecho penal actual de protección de intereses difusos, esta en personalizar los bienes jurídicos; las instituciones se protegerán entonces, tan sólo en la medida que su protección sea condición de protección del individuo.¹²⁵

Villanueva expresa que el deber es seguir intentando construir una ciencia penal teniendo como epicentro el absoluto respeto por los Derechos Humanos. Así, cualquier intento de construcción de ciencia social que no parta o que no tenga como punto de partida el respeto por los Derechos Humanos, esta llamada al fracaso. Se tiene entonces una postura, donde se pone de presente que si al Derecho Penal se le quiere poner como un verdadero ‘controlador social’ debe hacerse desde lo únicamente válido, esto es, desde los Derechos Humanos, la última *ratio*, con mínimo de intervención y engarzado con la criminología e igualmente de la mano con la política criminal de Estado; únicos medios verdaderamente perdurables en los que ha de asentarse el Estado, la Democracia y la misma sociedad humana y un verdadero control social¹²⁶.

Robles Planas, habla de un derecho penal sin rendimiento, eso por cuanto las demandas crecientes en una sociedad global, donde sus bienes jurídicos se ven ampliados a la protección de la ‘seguridad’, abocan a un derecho penal que se pone al servicio de necesidades perentorias; además de esto, la tendencia al discurso dogmático que es ajeno a las consecuencias, lleva al mismo derecho penal sin rendimiento, por lo que se habla de las crisis del derecho penal.¹²⁷

Zaffaroni, junto con Alagia y Slokar, frente a la creación de los bienes jurídicos, indica que no es la legislación penal quien los crea, sino que estos son creados por la Constitución nacional, el derecho internacional y el resto de la

¹²⁵ HASSEMER, Winfried. Fundamentos del Derecho Penal. Barcelona : Casa Editorial BOSH, S.A. 1984. p. 279 y 280

¹²⁶ VILLANUEVA MEZA, Javier Antonio. “derecho penal y derechos humanos”. Bogotá: Editorial Leyer, 1999. p.183-185

¹²⁷ ROBLES PLANAS, Ricardo. La crisis del derecho penal contemporáneo. Barcelona : Editorial Atelier, 2010.

legislación.¹²⁸; así, la Ley Penal sólo individualiza eventualmente alguna acción que lo afecta de cierto modo particular, pero nunca le puede brindar una tutela amplia o plena, por su naturaleza fragmentaria y excepcional, esta limitante, se tendría como un límite efectivo del *ius puniendi*.¹²⁹

-Teorías que dan fundamento constitucional al bien jurídico-

Sax pone en relación al ordenamiento constitucional, con el ordenamiento penal, identificando dos planos que no se deben superponer pues son diferentes, lo que no los hace excluyentes: un primer plano, es el de ‘un orden de valores constitucionales’ y el segundo es el de ‘un orden de valores penales’. El orden constitucional se refiere al marco de la actividad del Estado, donde el derecho penal sólo protege aquellos aspectos que coinciden con los valores constitucionales como la vida, la libertad, la propiedad. Sin embargo, según el autor habrían otros valores que no se encuentran expresados en la Constitución, estos serían los valores protegidos en los delitos contra el Estado, la moral y la administración de justicia. Tiene entonces la Constitución un carácter de ‘orientadora’ del *ius puniendi* de acuerdo con su orden de valores.¹³⁰

Tenemos por su lado a Roxin, quien desde la Constitución, pero concretamente desde su idea de “estado de derecho” trata de fundamentar el carácter prepositivo de los bienes jurídicos; Roxin, al hacer referencia a la Ley Fundamental donde esta expresa que, todo poder estatal emana del pueblo, no se puede poner en duda que la actividad estatal tiene por fin el de asegurar las condiciones de vida en común de todos los ciudadanos, lo que realiza conminando con pena, bajo determinadas condiciones: la violación de bienes jurídicos. Por eso, refiere a estos como aquellas condiciones valiosas en que se concretan los presupuestos de la vida en común para garantizar un orden pacífico. El Estado, debe ser

¹²⁸ Conf. ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, Derecho penal. Parte general, EDIAR, Buenos Aires: Sociedad anónima editora, comercial, industrial y financiera 2a ed., 2002 (1a ed., 2000), p. 98 y ss.

¹²⁹ Ibíd p. 486

¹³⁰ HORMAZABAL, Op. Cit. p. 122

garante de estas condiciones de vida en común, de estos bienes jurídicos y además debe lograr los objetivos de promoción y ayuda social que plantea el Estado social y democrático de derecho establecido en la Constitución de Bonn.¹³¹

Para Rudolphi, es la Constitución la que indica los valores fundamentales y la vinculación jurídica obligatoria del legislador a la protección de bienes jurídicos previos al ordenamiento penal cuyo contenido se determina conforme a dichos valores. De aquí, se hace necesario remitirse a la realidad social de donde, a partir de la indagación de los fenómenos lesionables por un comportamiento humano y de la prospectiva constitucional, debe revelarse el concepto de bien jurídico como presupuesto para una vida social próspera, apoyada en la libertad y en la responsabilidad del individuo; este concepto es delimitable conforme a la Constitución y por las condiciones en las que se basa la vida social, entendida como una sociedad estatal constitucional, esto tienen un problema en tanto la formalidad dada a este concepto, por lo que la sociedad estatal constitucional, remite su significado a un campo de sociedad estatal normativa que no corresponde materialmente con una 'realidad social'.¹³²

Dentro de este formalismo constitucional, nos encontramos con Michael Marx, quien da una definición del bien jurídico a partir del fin del derecho y al mismo tiempo con el fin del Estado. El Estado es uno de tipo ideal, un concepto jurídico. Es por esto, que se inicia desde el plano constitucional, y cuando hay una fundación del Estado en la dignidad del hombre, el derecho penal debe indubitadamente tener como centro al hombre, entendido como persona desarrollada libremente. De esta manera, el derecho penal debe proteger de lesiones todo lo que es necesario al hombre para desarrollarse personalmente,

¹³¹ ROXIN, Claus. Sentido y límites de la pena estatal. 1976. Madrid (Esp.) Citado por HORMAZABAL, Op. Cit. p. 122

¹³² HORMAZABAL, Op. Cit. p. 124

por lo que el bien jurídico es aquel objeto que el hombre necesita para su libre autorrealización¹³³

Todas estas teorías no dejan de ser formalismos, que no aportan claramente en la definición del bien jurídico como ese bien material a proteger a través del derecho penal, y que no permiten al mismo tiempo una revisión crítica del derecho penal vigente.

En solución a esto, nos encontramos con Bricola quien es el primero en plantear la tesis de la necesaria constitucionalidad de los objetos a ser protegidos penalmente; este autor, junto con Musco y Angioni, se encuentran inscritos en la ‘teoría constitucional estricta’; de aquí, Bricola indica que la sanción penal puede ser adoptada únicamente cuando hay una violación de un bien de igual grado del valor sacrificado (libertad personal) , o cuando por lo menos se encuentra dotado ese valor, de relevancia constitucional. Al definir lo constitucionalmente relevante, indica Bricola que no se debe entender como antítesis del bien respecto a la Constitución, pero sí como asunción de este entre los valores que explícita o implícitamente están garantizados en la Carta constitucional; así, el delito será un hecho lesivo de un valor constitucional cuya significatividad se refleja en la medida de la pena. Bricola hace especial énfasis en los aspectos garantísticos y de solidaridad del Estado social de derecho, teniendo desde su Constitución italiana, que una exigencia inicial debe ser la de defensa social postulando el cumplimiento de los deberes de solidaridad política, económica y social. Se debe entonces hacer una revalorización del ciudadano – víctima frente a la criminalidad, y tener como primordial el cumplimiento de los deberes indicados anteriormente, como límite respecto de otras normas constitucionales en materia penal¹³⁴.

¹³³ MARX, Michael. *Zur definition des begriffs "Rechtsgut"* . Köln, Carl Heymanns Verlag, KG. 1972. Citado por HORMAZABAL, Op. Cit. p. 40 - 62

¹³⁴ BRICOLA, Franco. *Teoría General del Delito*. Trad. Diana Restrepo Rodríguez. Editorial B de f , 2012. Montevideo – Buenos Aires (Arg.) s.p.

Angioni por su parte, profundizando en la línea de la teoría del bien jurídico con referente constitucional, observa la necesidad de que el derecho penal, respete los principios básicos de proporcionalidad, necesidad y efectividad de la tutela penal. Así mismo, indica que la pena privativa de la libertad, únicamente podrá imponerse cuando se ofendan bienes jurídicos constitucionales primarios y que la pena pecuniaria, podrá establecerse en relación de la ofensa de los bienes jurídicos primarios o alguno de carácter secundario, en todo caso, siempre deberá ser un bien constitucional. El criterio sobre el cual fundamentar la distinción entre el bien primario y secundario es el de la libertad como bien jerárquicamente superior dentro del orden constitucional. Los bienes primarios serán aquellos sin los cuales el individuo no puede realizarse en las mínimas formas de existencia o cuya ausencia devendría en la afectación directa contra la dignidad humana, en la medida en que estas acciones, lesionan la libertad personal, autorizaría a la conminación con una pena privativa de la libertad¹³⁵

Musco plantea la necesidad de buscar un concepto material de bien jurídico, entendiendo así un elemento más allá de lo interpretativo, y que sea capaz de expresar el elemento común a todos los injustos, buscándolo en un orden prepositivo cuya obligatoriedad se funde en la Constitución. El autor busca concretizar los valores que deben ser tutelados penalmente, pues para él, no todos los valores constitucionales pueden ser objeto de la tutela penal, el bien jurídico se refiere a aquellos valores conceptualmente aprehensibles, de origen constitucional que sirven para asegurar las condiciones esenciales de la vida en común¹³⁶

Según Fiandaca, el planteamiento constitucional correcto es el que solo se plantea a la Constitución como fuente que ha de proporcionar directivas programáticas de tutela, y no parámetros realmente vinculantes para el legislador.

¹³⁵ ANGIONI, F. *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*. Giuffré editore. 1983. Milán p. 203 citado por HORMAZABAL, Op. Cit. p. 128

¹³⁶ MUSCO, E. *Bene Giuridico e tutele dell'Onore*, Milán: Giuffré Editore. 1974. p 124 – 130. Citado por HORMAZABAL, Op. Cit. p. 129

Con esto, le entrega al legislador amplios márgenes de libertad y la posibilidad de revisar enfoques en relación con los delitos de peligro abstracto respecto de ciertos bienes jurídicos; serían entonces el principio de subsidiariedad, necesidad de la pena, merecimiento de la pena, etc., quienes marquen los límites al legislador.¹³⁷

En esta misma línea, tenemos a Pulitano, quien reconoce en la Constitución democrática no una función meramente demoledora, sino también una función de reconstrucción de los objetos y el modelo de la tutela penal, la Constitución entonces cumpliría con una función de orientación positiva, llevando a la revelación de necesidades positivas de tutela. De esta manera, esta no podría ser vista como un sistema cerrado, sino como un sistema abierto, lo que significa que no todo está decidido y vinculado a un compendio rígido de valores sino que se han dejado espacios abiertos, para un proceso político libre. Así, el legislador tendría una amplia libertad en la elección de bienes jurídicos y cumpliría igualmente con sus obligaciones constitucionales; la Constitución sería en este sentido, base para la expansión del sistema penal¹³⁸.

Escrivá Gregori, manifiesta la necesidad de la reformulación de la política penal, con la renovación de las constituciones, así, indica que en un nuevo contexto jurídico – político, necesariamente tiene que haber una nueva política penal respecto de la valoración de los bienes jurídicos, la gradación entre los mismos, la determinación de los que exigen protección penal y los que no¹³⁹. Indica que en la Constitución se encuentran jerarquizados los bienes donde implícitamente su propio rango estaría expresando el nivel debido de protección, y se puede derivar ya sea explícita o implícitamente por parte de la Constitución el reconocimiento de protección de bienes jurídicos en cabeza del derecho penal.

¹³⁷ FIANDACA, G. Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale Citado por HORMAZABAL, Op. Cit. p. 130

¹³⁸ PULITANO, D. Obblighi costituzionali di tutela penale? . 1983 p 498-499 Citado por HORMAZABAL, Op. Cit. p. 130

¹³⁹ ESCRIVÁ, J.M. Algunas consideraciones sobre derecho penal y Constitución. Barcelona: Papers 13. 1980. Citado por HORMAZABAL, Op. Cit. p. 157

Teoría material del bien jurídico

Con el concepto de bien jurídico se quiere expresar de manera concreta el objeto jurídico concreto protegido con cada prohibición o mandato para con ello dar fundamento racional al sistema penal. Una política penal de exclusiva protección de bienes jurídicos conlleva al reconocimiento de un axioma básico para la construcción y desarrollo de una sociedad democrática. Así, la idea de bien jurídico busca superar las consideraciones formales, para dar una definición real y concreta de lo que se protege en cada norma penal de una sociedad en un determinado período histórico. Aunque las teorías constitucionales no constituyen propiamente 2 teorías del bien jurídico” estas se hacen importantes en la medida en que se vuelve el referente que da fundamento a una política penal coherente con los lineamientos del modelo de Estado que da la propia Constitución.¹⁴⁰

Hassemer indica que una teoría del bien jurídico, debe ser capaz de contestar a la pregunta de ¿qué es lo que hace que una acción se transforme en delito? Y a la consecuente pregunta ¿por qué penaliza una sociedad en su ordenamiento jurídico penal esas acciones lesivas y no otras? Por lo que indica que una teoría del bien jurídico no se puede desvincular con una teoría social.¹⁴¹

Hassemer categoriza unas teorías como ‘trascendentes’ dándoles tal calificativo por considerar que éstas se encuentran en condiciones de dar respuestas a la anteriores preguntas, ya que su fundamento y función sería el de criticar el sistema jurídico – penal. Estas teorías son importantes ya que no sitúan el origen del bien jurídico en una decisión del legislador, sino que en una instancia prejurídica de la sociedad, más allá del sistema penal, lo que permite cotejar la realidad social con la realidad normativa, poniendo en evidencia los desequilibrios entre una y otra realidad y dando fundamento a los movimientos de reforma penal. La mera observación de la realidad concreta, demuestra que en una misma

¹⁴⁰ HORMAZABAL, HORMAZABAL, Op. Cit. p. 139

¹⁴¹ Ibíd., p. 140

realidad social conviven diferentes grupos sociales con sus propias reglas de comportamiento, que en un Estado Social y Democrático de derecho resulta intolerable marginar.¹⁴²

Ahora bien, en la teoría de bien jurídico hay dos momentos que se deben diferenciar: el primero es el de su definición donde se determina su contenido material específico, en procura de responder a la pregunta ¿qué es el bien jurídico? Definiendo lo que protege cada norma en particular, específicamente qué tienen esos ‘valores’ en cuanto objetos protegidos por la norma penal; el segundo momento es el de que la teoría del bien jurídico debe comprender el problema de la determinación del merecimiento de protección, esto es, sobre qué criterios específicos un Estado, en este caso Social y Democrático de derecho, determina o debe determinar la protección de un objeto en concreto¹⁴³.

El concepto material de bien jurídico.

El bien jurídico en tanto producto social, es un producto histórico, esto es, que no pertenece de manera abstracta a la sociedad sino que surge de un sistema concreto de relaciones sociales en un período determinado. Es el producto de las condiciones concretas de una sociedad, de las condiciones específicas de la superestructura social y política y de un ámbito particularizado de ella: de la superestructura jurídico-penal.

En un Estado Democrático, es un producto de la ‘sociedad civil’ y surge de la dinámica de participación que se realizan en la base social; esta intensidad de discusión va a depender de las condiciones que el Estado facilite, y de la admisión de la disidencia. Los bienes jurídicos, por su carácter dialectico, surgen de la base de la relación social democrática, constituyendo una superación como síntesis de la confrontación social. Este tiene un doble carácter sintético: síntesis normativa y

¹⁴² Ibíd., p. 140 y 141

¹⁴³ HASSEMER, Winfried. Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. En Doctrina Penal 46/47. p. 275 – 285, 1989

síntesis social, luego, será una relación social concreta de carácter sintético normativo y sintético social¹⁴⁴.

Origen social del bien jurídico.

En un Estado democrático, la determinación de un bien a ser protegido, nunca podrá estar en cabeza del legislador exclusivamente; de manera formal, como consecuencia del principio de legalidad deberá ser resultado de un proceso legislativo, pero la determinación del bien jurídico, se debe encontrar en la base social que participará sus decisiones para que sean comunicadas a instancias políticas y consecuentemente materialicen esta decisión.

Una política penal de exclusiva protección de bienes jurídicos presupone democracia y su ejercicio, por la participación y concurrencia a través de los mecanismos de opinión política, de libertad de pensamiento, de acción y de disenso¹⁴⁵.

El bien jurídico esta en la base misma de una relación social que se habrá de definir como democrática por su capacidad de integrar culturas y subculturas ampliando la base de discusión. Por eso no puede tener un carácter estático pues siempre estará en el centro de la instancia básica de la decisión política y estará expuesto siempre a su revisión crítica. Al negarle este carácter a la política penal de Estado, se estaría negando la esencia de la democracia¹⁴⁶.

Toda sociedad es un sistema concreto de relaciones sociales, esto es, de relaciones entre personas con sus condicionamientos personales y ambientales. No es, como lo pretende el funcionalismo, simplemente un sistema de normas de comportamiento, valores y costumbres, colocados en un nivel superior. El sistema social es de relaciones entre personas, las reglas y normas de conducta, son

¹⁴⁴ BUSTOS, Juan. Manual de derecho penal (Parte General) 3ª edición. Barcelona: Ariel Editorial. 1989. p. 54

¹⁴⁵ BUNGE, Mario. Mente y sociedad. Alianza Editorial. 1989. Madrid Citado por: HORMAZABAL, Op. Cit. p. 153

¹⁴⁶ HORMAZABAL, Op. Cit. p.143

producto de estas relaciones, por lo que resulta inadmisibles la postergación y el sometimiento de las personas a esas normas de conducta como lo pretende el funcionalismo¹⁴⁷.

¹⁴⁷ BUNGE, Mario. Op. Cit. p. 145

CAPITULO II La seguridad ciudadana en los términos de la Ley 1453, no es un bien jurídico desde la constitucionalización del derecho penal y enfoque garantista.

La constitucionalización del derecho penal y el garantismo penal se encuentran estrechamente ligados, en la medida en que se proclama un Estado de Derecho, democrático y respetuoso de la dignidad de sus ciudadanos; en este sentido la constitucionalización del derecho penal y el garantismo inherente a esta, debe ser concordante con pautas que permitan hacer del derecho penal, un derecho respetuoso de las garantías que constitucionalmente se han establecido desde las diferentes etapas que lo componen. Así, la constitucionalización del derecho penal y el garantismo que se deriva de ella, asegura en el ámbito de criminalización primaria la limitación de bienes jurídicos coherentes con esta postura estatal, sin embargo, en punto a efectivizar estos presupuestos, evidenciamos que la actuación realizada legislativamente, entra en flagrante incoherencia con los presupuestos garantistas, lo que terminaría excluyendo en primera medida al bien jurídico de la seguridad ciudadana, como un bien jurídico propio traído desde la constitucionalización del derecho penal y de igual manera la despenalización del acto de obstruir vías públicas como protección a este bien jurídico. En desarrollo de lo anterior, definiremos inicialmente la noción de constitucionalización del derecho penal con su inherente enfoque garantista en el ámbito de la criminalización primaria; en seguida pasaremos a delimitar teóricamente lo que resulta ser el derecho penal en el ámbito de la criminalización primaria desde una limitación constitucional con su inherente garantismo penal, para finalizar con la verificación de delimitación de los bienes jurídicos, teniendo como base el principio de lesividad desarrollado doctrinal y jurisprudencialmente, lo que evidenciará la incoherencia de la protección al bien jurídico de la seguridad

ciudadana con un Estado constitucionalizado tanto en general, como penalmente en particular.

2.1. Constitucionalización del derecho penal y su enfoque garantista en el ámbito de criminalización primaria

Iniciaremos por demarcar aquella relación entre constitucionalismo y garantismo que tendrán los sistemas democráticos, tal como supone ser el sistema jurídico colombiano, de esta manera veremos como estos conceptos se concretizan en la relación existente entre el garantismo penal y la constitucionalización del derecho penal, para terminar con indicar los presupuestos, que desde la constitucionalización del derecho penal y su garantismo inherente, traen en términos de criminalización primaria como límite al poder de castigar del Estado colombiano.

2.1.1. Relación entre constitucionalización y garantismo

Ferrajoli nos ilustra con dos hipótesis desde las que desarrolla su paradigma de la democracia constitucional, en primer lugar, la de que los derechos fundamentales no están predispuestos por normas, sino que ellos mismos son normas y en segundo término, que esas normas en las democracias constitucionales, forman parte de las constituciones como otras tantas normas sustanciales sobre la producción de grado supraordenado a cualquiera otra; estas hipótesis, comportan ambas, un enorme alcance para los fines de una teoría normativa no sólo de la democracia constitucional, sino de la propia democracia política. La implicación inicial, consiste en que de la parte sustancial de la Constitución, son titulares y no simples “destinatarios”, los ciudadanos: esto indica, que todas las personas están adscritos a los distintos tipos de derechos fundamentales. Así, la Constitución resulta en su parte sustancial “imputada” en el sentido técnico jurídico del término, a todos y cada uno, al pueblo en su conjunto y a cada una de las personas que lo componen. De aquí su “natural” rigidez: los derechos fundamentales y las normas constitucionales en que consisten, por ser derechos de todos y cada uno, no se

pueden suprimir ni limitar por 'la mayoría'. Así, la mayoría no puede disponer de lo que no le pertenece legítimamente. La segunda cuestión implica que la constitucionalización de los derechos fundamentales, teniendo a estos derechos como normas supra ordenadas del ordenamiento, da a sus titulares una posición a su vez supra ordenada al conjunto de los poderes, públicos y privados, que se hallan vinculados y funcionalizados al respeto y a la garantía de esos mismos derechos; en el Estado constitucional de derecho, el poder legislativo, se halla sometido a la ley, y precisamente a los derechos fundamentales establecidos por la Constitución, no hay espacio, para la idea de la soberanía desde la concepción de *potestas legibus soluta*. Tenemos entonces que la soberanía pertenece al pueblo, entendiendo esto con dos significados: el primero en negativo: que significa que pertenece al pueblo y a ningún otro y que nadie, ni asamblea representativa ni presidente elegido por el pueblo, puede apropiársela o usurparla; y en positivo lo que indica que no siendo el pueblo un macrosujeto sino el conjunto de todos los coasociados, la soberanía pertenece a todos y a cada uno, identificándose con el conjunto de aquellos fragmentos de soberanía, es decir de poderes y de contrapoderes, que son los derechos fundamentales de todos y cada uno de sus titulares¹⁴⁸.

Lo anterior, está en línea con la teoría garantista, en la que Ferrajoli manifiesta, que ésta no es más que la otra cara del constitucionalismo¹⁴⁹, constituyendo el presupuesto jurídico de la democracia. Este modelo de ciencia jurídica, basado en la garantía de los derechos, en unión de la nueva concepción de los ordenamientos constitucionales, ha dado lugar a profundas transformaciones, que hoy en día son centro de importantes debates en el ámbito de la ciencia jurídica, de la teoría del derecho, y que incluso llega a plantear diferentes concepciones

¹⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. El paradigma normativo de la democracia constitucional en MARCILLA, Gema. Constitucionalismo y garantismo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. p. 29 - 32

¹⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. Congreso Internacional: El constitucionalismo a dos siglos de su nacimiento en América Latina-. Mesa: La justicia penal en el contexto garantismo. 2 - 4 Febrero de 2000. Universidad Autónoma de Puebla. San Andres Cholula, Puebla. México.

del sistema democrático¹⁵⁰. Afirmar entonces Ferrajoli, que el paradigma garantista de la democracia constitucional, es un paradigma ‘embrionario’ que puede y debe extenderse en una triple dirección: primero, debe garantizar todos los derechos, no sólo los de libertad, sino los sociales; segundo, debe extenderse frente a todos los poderes, no sólo públicos sino también privados, y tercero, a todos los planos, tanto nacional, como internacional¹⁵¹.

En el caso concreto, tenemos el concepto de democracia como acepción que abarca diferentes contextos; uno de ellos, es la democracia constitucional, donde se hace imperativo el respeto hacia las minorías, por lo que se hablará de una tiranía de la mayoría, cuando se viola, legislando o gobernando, los derechos de las minorías. En este orden de ideas, la democracia, más allá del liberalismo, pero sin excluirlo, quiere decir que no es tan sólo una forma política, esta, significa igualdad social y bienestar económico como objetivos deseables. También significa que la vida democrática tiene sus raíces en los pequeños grupos, en las relaciones ‘cara a cara’ y en el ‘gobierno privado’. Democracia social sí es un modo de ser de la sociedad: el *ethos* de tratarse como iguales,¹⁵² lo que indicaría en un primer momento que una sociedad Democrática como la colombiana debe ser tratada en términos de igualdad, en cuanto a los derechos y garantías de todos y cada uno de sus ciudadanos.

2.1.2.Relación entre constitucionalización del derecho penal y el garantismo penal.

En cualquier Estado de Derecho con Constitución rígida mínimamente garantista, se debe tener como presupuesto de justicia y validez el respeto a los principios constitucionales relativos a los derechos humanos, la igualdad y la estricta legalidad penal. La especificidad del moderno Estado constitucional de derecho

¹⁵⁰ PACHECO, Miguel Ángel. Garantismo y derechos sociales en MARCILLA, Gema. Constitucionalismo y garantismo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2009. p. 191

¹⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. Congreso Internacional. Op. Cit.

¹⁵² SARTORI, Giovanni. ¿Qué es la democracia?. Traducción de Miguel Angel Gonzales y Cristina Pestellini. Buenos Aires :Ediciones Santillana, 2003. p. 296

reside específicamente en el hecho de que las condiciones de validez establecidas por sus leyes fundamentales incorporan no solo requisitos de regularidad formal, sino también condiciones de justicia sustancial¹⁵³.

No se debe perder de vista, que la consideración de los intereses generales es la que lleva a catalogar algunos actos como delictivos (en contravía de la base de la democracia indicada por Ferrajoli en el subcapítulo anterior) y a amenazar con pena su realización, sin embargo, en un Estado de Derecho, la legitimidad de la imposición de una pena en concreto a un individuo, presupone a su vez el respeto a una serie de exigencias ético – políticas vinculadas precisamente a la protección del individuo frente a la colectividad y que por ello funcionan a manera de derechos de defensa. Así, las concepciones liberales tradicionales, aceptan el uso del derecho penal, siempre y cuando este uso sea compatible con los principios de atribución de responsabilidad individual justa¹⁵⁴.

Tenemos así que el derecho penal resulta ser el campo de prueba de los derechos fundamentales, poniendo a prueba el conjunto de legitimidad del ordenamiento jurídico en línea con la legitimidad del Estado¹⁵⁵ siendo esto, una prueba de tipo legal y en seguida verificable en el plano político.

En este sentido la Corte Constitucional en sentencia T 669 de 1997, se ha encargado de ser enfática indicando que la eficacia de la administración de justicia y la seguridad jurídica no se pueden alcanzar por encima de los derechos fundamentales de las personas, pues la justicia esta al servicio de esos derechos, haciendo que en esos casos no sea legítimo la aplicación mecánica del principio constitucional del interés general sobre el particular, pues en esos casos la norma constitucional se debe supeditar a aquella que indica que el Estado debe reconocer los derechos inalienables de las personas. Es por esto que en caso de conflicto irresoluble entre derechos constitucionales fundamentales como la vida,

¹⁵³ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del garantismo Penal. Madrid: Editorial Trotta. 2000. p. 358

¹⁵⁴ FERRAJOLI, Ibid. p. 860 y 861

¹⁵⁵ CARBONELL, Miguel. Congreso Internacional: El constitucionalismo a dos siglos de su nacimiento en América Latina-. Mesa: La justicia penal en el contexto garantismo. 2 – 4 Febrero de 2000. Universidad Autónoma de Puebla. San Andres Cholula, Puebla. (Méx.)

la libertad o el debido proceso, y la persecución de objetivos estatales de interés general, como los que se logran con una justicia mas eficaz, en principio debe el juez constitucional dar prevalencia a los derechos de la persona, pues esta es la única manera de interpretación de la Constitución política¹⁵⁶.

“Este criterio hermenéutico es necesario, pues no puede darse preferencia a los intereses de la mayoría y al bienestar colectivo siempre que entran en conflicto con un derecho constitucional de una persona, con el deleznable argumento de que el derecho individual es particular, y el interés general prima siempre sobre el particular. En efecto, conviene recordar que los derechos constitucionales son precisamente limitaciones al principio de mayoría y a las políticas destinadas a satisfacer el bienestar colectivo.”¹⁵⁷

El anterior análisis jurisprudencial, no es más que lo traído precedentemente desde el garantismo penal, en donde los derechos fundamentales serán inherentes a cada uno de los destinatarios, la Corte en este caso expresa el fundamento del paradigma garantista cuando indica a los derechos constitucionales como límites a las mayorías, esto, contra el argumento de los derechos individuales como particulares, y de las mayorías como generales.

El profesor Juan Oberto Sotomayor, indica como un hecho que en Colombia la opción por un derecho penal garantista se encuentra determinada por el modelo constitucional. En línea con esto, el deterioro del discurso garantista, traería inmediatamente el deterioro de un Estado débil como lo es el colombiano, esto podría significar a su vez que se deteriore el modelo del Estado constitucional de Derecho. Al presentar los países el problema de la desinstitucionalización del

¹⁵⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T - 669 de 1997 (M. P. Alejandro Martínez Caballero; Diciembre 10 de 1997)

¹⁵⁷ Ibíd.

derecho penal, el Estado sigue ejerciendo un poder punitivo que requiere de regulación y limitación, siempre conforme al marco constitucional¹⁵⁸.

La constitucionalización del derecho penal, envuelve entonces una apuesta hacia el garantismo penal; esto implica que hay tal interrelación, que en la medida en que los niveles de uno u otro se menoscaben, el menoscabo de su recíproco será proporcionalmente directo; es así como el derecho penal para que sea garantista, requiere de un marco constitucional sólido que permita el desarrollo de políticas coherentes con nuestra fórmula política y el proyecto de Estado consagrado en nuestra Carta Política y no políticas aisladas que terminan por caer en la desinstitucionalización del derecho penal.

2.1.3. Presupuestos de un sistema penal garantista en términos de criminalización primaria.

El garantismo se vincula a la tradición clásica del derecho penal liberal y propende por la minimización de ese poder punitivo restringiéndolo a través del sometimiento de las leyes, esto es, que la libertad del ciudadano no se vea afectada gravemente, sino que ella sea tratada mediante “leyes criminales buenas”¹⁵⁹. Esta bondad, se encuentra incluida al menos de forma genérica (desde una búsqueda con criterios externos al derecho) en las denominadas definiciones sustanciales de delito que son compatibles con las descripciones formales y con el principio de legalidad, siempre que se las considere como meras recomendaciones prescriptivas sobre el contenido de las prohibiciones legales y no como proposiciones descriptivas. Así, se da una definición aproximada de “cuándo prohibir”, cuándo prohibir penalmente mejor que civil o administrativamente, y cuándo prohibir como delito o como contravención, las anteriores son cuestiones de legitimación externa, contrario a la búsqueda de la

¹⁵⁸ SOTOMAYOR, Juan Oberto. ¿El derecho penal garantista en retirada?. Revista Penal N° 21. Enero de 2008. P.ps 155 y 156

¹⁵⁹ DE SECONDAT, Charles Louis – Barón de Montesquieu. El espíritu de las leyes. Editorial Brontes S.L. 2012. Cataluña (Esp.)

respuesta de ¿cuándo castigar? La cual, incorpora los principios de retribución y legalidad, siendo cuestiones de legitimación interna.¹⁶⁰

El pensamiento penal liberal se ha caracterizado a lo largo de su historia, por rechazar la pretensión de que el derecho se debe subordinar a la moral, y por acoger de modo utilitarista que las prohibiciones penales, únicamente pueden dirigirse a comportamientos inmorales o reprobables. De acuerdo con esto, un hecho no debe ser prohibido si no es, en algún sentido, reproable, pero no es suficiente con esto, sino que no basta con que sea considerado reproable para que tenga que ser prohibido. Ante esto, el principio liberal de la separación entre derecho y moral, si bien excluye de la definición del concepto de delito cualquier atisbo moral o natural, no excluye que las prohibiciones puedan ser prescriptibles o valorables en el plano ético – político. Esta división, permite que por una parte haya deber de justificar las prohibiciones y también los castigos y de otro lado, permite traer el término de *una ética de la legislación*, desde la que se pueden criticar las leyes como inmorales, o al menos como injustificadas. Sin embargo, lo anterior terminará cayendo dentro de lo que Ferrajoli denomina como *relativismo ético y relativismo jurídico* lo que excluye que se pueda llegar a través de ello a criterios positivos y absolutos de justificación externa y de legitimación interna. Sin embargo, se pueden formular criterios negativos o limitadores que se convierten en condiciones necesarias aunque insuficientes, de legitimidad: esto es, el principio de lesividad, el de materialidad y el de responsabilidad personal que definen los tres elementos del delito: el resultado, la acción y la culpabilidad, denominadas por Ferrajoli como ‘garantías sustanciales’ en complementariedad con las ‘garantías instrumentales’ que son las del proceso penal¹⁶¹

¹⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Op. Cit. p. 459

¹⁶¹ FERRAJOLI, Ibíd. p. 460 - 464

2.2. La criminalización primaria y su delimitación constitucional y garantista.

Para acercarnos más de fondo al caso colombiano, traemos como parte de este capítulo, el análisis de la constitucionalización del derecho penal y el garantismo penal enfocado en el caso colombiano, en seguida trataremos los límites que integran a la criminalización primaria desde la constitucionalización del derecho penal y el garantismo penal, para terminar con el análisis de los problemas que se encuentran a nivel de las cuestiones políticas o externas en relación con la delimitación de los bienes jurídicos.

2.2.1. La constitucionalización del derecho penal y el garantismo penal en Colombia.

Empezamos por el símil que hace Zaffaroni entre el derecho penal y el derecho internacional humanitario

“Reconoce la naturaleza de hecho de poder del fenómeno que enfrenta, reconoce la limitación del poder de que dispone, trata de extender sus límites, de ampliarlo, para reducir cada vez mas la violencia del hecho que, de momento no puede eliminar o suprimir”¹⁶²

Podemos decir que desde este punto de vista (de reconocimiento), lo justificable del derecho penal es no tanto la pena, sino su limitación¹⁶³, el derecho penal en Colombia entonces, se justificaría más por la razón de deslegitimar la violencia que por la razón instrumental de evitarla, por esto, la construcción de un derecho penal válido desde la comprensión y valoración del derecho positivo conforme a los principios y valores superiores del ordenamiento jurídico, y la crítica del derecho penal efectivo desde el punto de vista de sus propias fuentes de legitimación, que es encontrarse dentro de un Estado Constitucional de Derecho,

¹⁶² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Abolicionismo y garantías. En Jueces para la democracia N° 24. 1994. España. p. 23

¹⁶³ Ibíd. p. 24.

constituyen el compromiso ineludible de un derecho penal garantista en Colombia¹⁶⁴. Lo anterior, implica que haya una distinción entre “ser” y “deber ser” en el derecho a partir de la distinción entre las nociones de “validez” y “vigencia”, lo que al mismo tiempo daría la posibilidad de erigir un modelo de derecho penal desde la noción de garantía, lo que deslegitimaría el uso de un derecho penal *efectivo* no garantista, pero no desde una perspectiva extrajurídica, sino desde el propio derecho. Por esto, el desafío del discurso jurídico penal en Colombia, se encuentra en construir una teoría del derecho penal que no justifique la barbarie y la destrucción, que sea un derecho penal en contra del que nuestras Cortes están imponiendo, desde donde se desarrollen los principios como garantía de la limitación al poder, y no como justificación *a priori* del mismo. Es por esto, que se necesita que se entienda el principio de legalidad como una limitación y no como una autorización para el poder¹⁶⁵ que el bien jurídico sea considerado como un límite y no como un mandato de criminalización, y así mismo, que la igualdad ante la ley, no autoriza aumentar las penas fijadas por el legislador sino que obliga, para mantener a igualdad de trato, a reducirlas. Entendiendo así el derecho penal y desarrollando estos presupuestos, estarían efectivizándose la realización de los principios constitucionales de garantía, contribuyendo con la deslegitimación de la vulneración de los mismos y reivindicando su instrumentalidad en pro de las garantías, y ya no de la pena.¹⁶⁶

Ya en el ámbito de la extralegalidad, y el sistema penal extralegal, si bien una teoría del derecho penal válida no sería suficiente para evitar que exista, por lo menos permitiría reproducir en el imaginario social una conciencia crítica frente al sistema penal paralelo o de emergencia, propiciando así una fractura en la reproducción monolítica del discurso jurídico penal legitimador, generando una

¹⁶⁴ SOTOMAYOR, Juan Oberto. Garantismo y derecho penal en Colombia. Ponencia presentada en el marco del Seminario “Garantismo y Derecho Penal” organizado por el Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquia. Medellín. Mayo de 1998. p. 97

¹⁶⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia del 6 de octubre de 1994. M. P. Ricardo Calvete Rangel

¹⁶⁶ BARATTA, Alessandro. Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal. Una discusión en perspectiva de la criminología crítica. En *Pena y Estado. Función simbólica de la pena*. España: Editores Promociones y Publicaciones Universitarias. 1991. p. 50.

dinámica diferente con efectos directos sobre el ejercicio del poder en todas sus manifestaciones. “Si el discurso legitimador, incide de forma simbólica en el sistema extralegal, de la misma manera puede influir un discurso deslegitimador”¹⁶⁷

2.2.2.El derecho penal delimitado “constitucio – garantistamente” –criminalización primaria

Es claro, que el derecho penal debe presentar límites, sobretudo en lo concerniente a su criminalización primaria, como se indicó en el apartado anterior; en este sentido y de acuerdo con los principios estructurales de la intervención penal garantista, tenemos unos principios estructurales de protección, los cuales nos otorgan las pautas que deben regir la delimitación de los contenidos a proteger por el derecho penal. Dentro del principio de protección, nos topamos con el principio de lesividad, el de intervención mínima y el de neutralización de la víctima. Para el primer principio, el de lesividad, se tiene que ha marcado históricamente el paso de una antijuridicidad meramente formal, a otra que resulta material y que se puede plasmar en la idea de la dañosidad social; esta pone de manifiesto dos exigencias cuando de incriminar una conducta se trata: que sea un comportamiento que afecte las necesidades del sistema social en su conjunto, superando por tanto el mero conflicto entre el autor y la víctima y que sus consecuencias se puedan constatar en la realidad social, lo que implica la accesibilidad a su valoración por las ciencias empírico – sociales. A través de este principio se logrará la distinción entre penal y moral y se encontrará un importante campo de aplicación de los aportes que hacen las ciencias sociales¹⁶⁸.

¹⁶⁷ SOTOMAYOR, Op. Cit. p. 98

¹⁶⁸ DIEZ RIPOLLES, Jose Luis. El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista. Congreso Internacional en conmemoración del 75 aniversario del código penal argentino. 1997. Buenos Aires Argentina. p. 12

Tenemos que una de las principales características que acompañan al fenómeno de la constitucionalización del derecho, y en especial del derecho penal, es la puesta en marcha del control de constitucionalidad de las leyes.

Para Gloria Patricia Lopera Mesa, el juicio de proporcionalidad resulta un mecanismo idóneo para hacer frente a la tensión existente entre democracia y derecho, la cual subyace de los Estados constitucionales, en este sentido, el ámbito en observación es el de la validez, y la legitimación externa de la ley penal. Este juicio de proporcionalidad que es expuesto por su autora también como principio, es una herramienta argumentativa en virtud de la cual, una medida que afecta a un derecho fundamental, sólo es válida si es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto.¹⁶⁹

Este principio, implica un juicio sobre la idoneidad del tipo penal en el sentido de que este ultimo realmente apunte a la protección de un bien jurídico constitucionalmente garantizado. Así las cosas, todos los poderes públicos se encuentran constitucionalmente obligados a respetar el principio de idoneidad, en tanto que subprincipios de aquel de proporcionalidad, en la creación o aplicación de la normatividad que permita la restricción de los derechos fundamentales y especialmente si se trata de asuntos criminales, incluso en mayor medida que en otras materias, ya que los tipos penales deben considerarse desde la perspectiva de su funcionalidad¹⁷⁰, esto es, del para qué fueron reconocidos y positivizados y así mismo, con los fines que persiguen.

El principio de la necesidad implica que la remisión al derecho penal como estatuto sancionatorio, debe operar sólo cuando las medidas que se incorporen para controlar los fenómenos anti sociales han sido puestas en marcha sin lograr

¹⁶⁹ LOPERA, Gloria. Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. Una comparación entre las experiencias de Chile y Colombia. Revista de derecho. Vol XXIV – N° 2. Diciembre de 2011 p. 114

¹⁷⁰ Ibíd. p. 130

sus objetivos o cuando son insuficientes para someterlos.¹⁷¹ El derecho penal se enmarca entonces en el principio de mínima intervención, lo que supone que el ejercicio del poder de punición tiene que ser el último recurso disuasivo que puede utilizar el Estado para controlar desmanes transgresores de la vida en comunidad.

El principio de la proporcionalidad en sentido estricto, se identifica como la exigencia de proporción entre la gravedad del delito tipificado por el legislador y la gravedad de la pena con la que se conmina. Esto, desde el juicio de proporcionalidad. La Corte Constitucional en Colombia, emplea como criterio de ponderación, la sanción prevista para comportamientos de gravedad similar, prescindiendo en muchas ocasiones de la realización de los juicios previos de legitimidad del fin, idoneidad y necesidad¹⁷².

Junto con esto, encontramos el principio de legalidad, con el que se indica que la restricción al derecho a la libertad esta condicionada por el, tanto en sus causas como en sus requisitos, de acuerdo con el mandato constitucional de la reserva legal que impone el reconocimiento de postulados como:

- la taxatividad, según el cual tanto las conductas punibles como las penales que se imponen, tienen que ser previa, expresa e inequívocamente definidas por la ley.
- La prohibición de aplicación retroactiva de las leyes penales, salvo lo concerniente al principio de favorabilidad.
- Y la prohibición de analogía penal *in malam partem*.

Este principio, deriva no solo de la exigencia de la seguridad jurídica que es propia de un Estado de Derecho, sino que es el reconocimiento del derecho que tienen las personas a conocer previamente y con claridad , cuales son los comportamientos prohibidos y las penas.

¹⁷¹ Ibíd. p.131

¹⁷² Ibíd. p.132

Además, se encuentra también fundado en el principio democrático pues remite a la idea de que la definición y los crímenes, junto con sus respectivas penas, debe hacerse por medio del legislador, como órgano de representación ciudadana, esto es, el Congreso de la República.

El legislador en su labor de creación de las leyes, y como representante de los ciudadanos, puede tomar opciones, dentro de los límites señalados por la Constitución. Respetando siempre los principios, derechos y valores establecidos por ella¹⁷³; esta representación deriva no solo de la separación de poderes, sino que esta ejerce control sobre la protección de la libertad individual, esta, debe también permitir un proceso público de debate frente a la concepción y ejecución de las políticas criminales, esto justamente en el ámbito de la creación de la ley. La importancia de esta discusión está en que el derecho penal no debe ser producto de respuestas contingentes que el poder político usa a discreción, sin debate, para hacer frente a las dificultades del momento.

“La respuesta penal debe ser proporcional a la conducta objeto de la sanción, debe ser idónea, operar únicamente cuando no hay otras alternativas, y no debe ser criminógena, es decir, causar más problemas de los que resuelve. Esto sólo es posible si la definición de las políticas criminales se hace a través de una amplia discusión democrática, y no mediante una inflación de normas penales promulgadas apresuradamente. Como vemos, el respeto riguroso del principio de legalidad opera no sólo como un mecanismo de protección de las libertades fundamentales, sino que también obliga a la discusión colectiva y democrática de las políticas criminales a fin de evitar la intervención penal inútil y perjudicial. El principio de legalidad es expresión no sólo del Estado de derecho, sino también de las

¹⁷³ COMISION ASESORA DE POLÍTICA CRIMINAL. Op. Cit. p.17

exigencias del Estado democrático, pues gracias a su riguroso respeto pueden llegar a estar representados los intereses de todos los miembros de la comunidad en la elaboración de la política criminal.”¹⁷⁴

Este juicio de idoneidad, a su vez, debe abordar, entre otras cuestiones el problema de la eficacia del derecho penal para cumplir su finalidad preventiva. Ahora bien, Lopera resalta que, a pesar de la tensión que produce la inclusión de elementos fácticos en el juicio de constitucionalidad, una concepción material y garantista de la constitución reclama un criterio de interpretación que exija “un mayor grado de certeza a las premisas que sustentan la medida legislativa, cuanto más intensa es la intervención en derechos fundamentales”¹⁷⁵.

Tenemos igualmente el principio de lesividad, que debe ser respetado por la política penal, según este principio, solo se pueden criminalizar y sancionar penalmente, conductas que efectivamente vulneren o pongan en riesgo bienes jurídicos fundamentales, que tengan sustento constitucional, en la medida en que protejan los derechos y libertades de las personas o condiciones esenciales del orden social. Esto significa que no son punibles en un Estado democrático respetuoso del pluralismo, comportamientos inmorales, o estados de ánimo pervertidos, hostiles o incluso peligrosos, pero que no representan en sí mismo comportamientos efectivamente lesivos para terceros. Este límite material del derecho penal deriva de que este implica una afectación intensa a la libertad de las personas, por lo cual solo es admisible cuando se trate de amparar bienes jurídicos de mayor trascendencia que la propia libertad¹⁷⁶.

En seguida, está el principio de mínima intervención, según el cual, el derecho penal, deberá operar únicamente cuando las otras alternativas del derecho hayan

¹⁷⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 599 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero; Agosto 18 de 1999)

¹⁷⁵ FERNANDEZ CRUZ, José Ángel. GLORIA PATRICIA LOPERA MESA. Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales. Rev. derecho (Valdivia), jul. 2007, vol.20, no.1, p. 359-361.

¹⁷⁶ COMISION ASESORA DE POLÍTICA CRIMINAL. Op. Cit. p. 18

fracasado, o no sean suficientes. Este principio exige que cuando se creen leyes penales, se hagan estudios de política criminal y fundamentos empíricos adecuados sobre la efectividad de las formas de control social que han fracasado. De aquí también se deriva que el derecho penal debe ser un instrumento de última ratio para garantizar la pacífica convivencia de las personas, previamente evaluada su gravedad, la cual es cambiante conforme a circunstancias políticas, sociales, económicas y culturales. En un Estado fundado en la libertad y en los derechos humanos, se hace irrazonable que habiendo medidas menos restrictivas a los derechos y libertades, se desborde la aplicación al derecho penal.

Un Estado democrático, fundado en los derechos y la libertad, debe evitar los desbordamientos punitivos; el hecho de ser un Estado Social de derecho, que tiene deberes de justicia y solidaridad y además deberes por parte de las autoridades de respetar y garantizar los derechos humanos, no implica que tenga que haber una fuga hacia el derecho penal, como lo han propuesto las teorías funcionalistas; por el contrario, un Estado fundado en esta fórmula política debe distinguirse por minimizar la intervención punitiva del Estado, pues si estos intereses se pueden alcanzar por vía distinta a la penal, como políticas sociales, medidas administrativas, o políticas preventivas, es ilegítimo usar al derecho penal.

“ Por ello, por su opción por la libertad y la dignidad humanas, sólo de manera excepcional la Constitución o los pactos de derechos humanos imponen deberes de penalización, lo cual sucede específicamente con conductas extremas atentatorias de bienes constitucionales superiores, como la vida e integridad personales, como son los delitos de lesa humanidad, los crímenes de guerra u otras violaciones muy graves a los derechos humanos, que el Estado colombiano, en desarrollo de deberes internacionales que hacen parte

del bloque de constitucionalidad (CP ART. 93) tiene el deber de investigar y sancionar”¹⁷⁷

Otro principio propio de un Estado Social de Derecho, es el principio de culpabilidad; por medio de este, se hace la exigencia de que el derecho penal, sea un derecho penal de acto, por lo que se castiga a la persona por lo que hace y no por lo que es, desea, piensa o siente. Así, dentro de los llamados requisitos de los sistemas penales exigidos por la Convención Americana de Derechos Humanos, encontramos la exigencia del “*nullum crimen sine conducta*” en cuanto no se puede fundar ninguna pena en alguna característica del ser humano que resulte discriminatoria. Se hace la exigencia además, de que no haya acción sin culpabilidad, que exige la configuración del elemento subjetivo del delito. Y la exigencia de que el grado de culpabilidad sea un criterio determinante al momento de la imposición de una pena, pues esta será mayor o menor atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad, es decir que la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad¹⁷⁸.

Ferrajoli propone que desde el principio de “utilidad penal” se rescata su idoneidad para justificar la limitación de la esfera de las prohibiciones penales, sólo a las acciones reprobables por sus efectos lesivos para terceros¹⁷⁹ Así, se tiene que la ley penal tiene el deber de prevenir los más graves resultados individuales y sociales representados por efectos lesivos, que a su vez se pueden justificar en el coste de penas y prohibiciones. De acá derivan los principios de necesidad o de economía de las prohibiciones penales, del que deriva también la legalidad de las penas y los delitos, no sólo el principio de pena mínima necesaria, sino también el de la máxima economía en la configuración de los delitos¹⁸⁰

¹⁷⁷ Ibid. p. 19

¹⁷⁸ Ibid. p. 20

¹⁷⁹ ROMAGNOSI, Giandomenico. Trad. GUERRERO, Jorge y GONZALEZ, Carmelo. Génesis del derecho penal. Bogotá: Editorial Temis. 1956. p. 256.

¹⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Op. Cit. p. 465

“Porque el uso de las leyes las cuales no son otra cosa que reglas autorizadas, no tiene como finalidad impedir al pueblo que realice acciones voluntarias, sino dirigir y controlar estas de tal manera que los súbditos no se dañen mutuamente, por tanto , una ley que no es necesaria, al carecer del fin que la ley se propone, no es buena”¹⁸¹

La necesidad penal tiene un segundo referente, y es el de “la necesidad penal como tutela de bienes fundamentales” no garantizables de otro modo, explicitándose en el principio de lesividad, y en la generación de daño a terceros; el principio de lesividad, impone a la ciencia y a la práctica jurídica precisamente la carga de tal demostración. La necesaria lesividad de resultado, cualquiera que sea la concepción que de ella tengamos, condiciona toda justificación utilitarista del derecho penal como instrumento de tutela y constituye su principal límite axiológico externo¹⁸².

Es evidente el nexo del principio de necesidad con el de reserva de Ley, que debería vetar u obstaculizar (realmente) la inflación penal, y por otro lado , con la función, del derecho penal mínimo como *ius necessitatis* y de la pena como mal menor para quien la sufre y para la generalidad.

Históricamente, se tiene al principio de lesividad, en la definición del moderno estado de derecho y en la elaboración, al menos teórica, como el aportante esencial de un derecho penal mínimo, al que facilita una fundamentación no teológica ni ética, sino laica y jurídica, orientándolo hacia la función de defensa de los sujetos mas débiles por medio de la tutela de derechos e intereses que se consideran necesarios o fundamentales.

Además de lo anterior, es de destacar algunos aspectos que se han propuesto desde la academia, que configuran principios limitantes de la legislación penal: en

¹⁸¹ HOBBS, Thomas. El Leviatán. Buenos Aires: Editorial Losada. 2003. p. 213 y 214.

¹⁸² FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Op. Cit. p. 465 - 467

primer lugar nos encontramos con el principio *in dubio pro liberate* que implica la renuncia a penar comportamientos si hay dudas respecto a la lesividad social que este produce; el principio de tolerancia, que indica que se deben aceptar ciertos niveles de conflictividad social sin una consecuencial respuesta de las instancias jurídico-penales, pese a que no hayan dudas sobre la lesividad del comportamiento; igualmente el principio de ponderación de daños y ventajas, a través del cual se valoran los efectos dañosos adicionales o complementarios que produce una decisión de penalizar o despenalizar, que en ocasiones pueden ser de mayor entidad que los beneficios que la penalización o despenalización comporta; el principio de practicidad procesal que prohíbe la intervención penal sobre conductas no accesibles a las condiciones operativas del proceso penal; el principio de abstención de tareas de ingeniería social, por el que no deben determinar la decisión legislativa, ni las consecuencias que la despenalización pueda producir sobre el código moral de la sociedad, ni los efectos que la penalización pueda originar en la modificación de comportamientos no desviados, a través de este principio se busca que no se le de la tarea a la política criminal de que su intervención traerá cambios sociales.¹⁸³

2.2.3. La cuestión política o externa del bien jurídico.

Se tiene que hay confusión entre lo que concierne a los problemas internos y externos del bien jurídico, la cuestión externa, esta ligada a la ética descriptiva excluyendo la problemática de la técnica normativa. La anterior confusión hace que se observe desde una perspectiva legalista la cuestión ético – política de la justificación del contenido de las prohibiciones, y que los problemas jurídicos de los intereses y no intereses tutelados por las leyes positivas se afrontarán desde la óptica de la justificación. Así, la noción de “bien”, “daño” y “lesividad” girarán en el vacío, sustrayéndose tanto a la carga de la justificación como a la de la identificación de los bienes penalmente tutelados¹⁸⁴.

¹⁸³ DIEZ RIPOLLES, Op. Cit. p. 15 y 16

¹⁸⁴ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. p 472

Una doctrina sobre la justificación externa de las prohibiciones penales, se encuentra dentro del ámbito de la política, y en la medida en que postula la correspondencia entre prevención de delitos y tutela de bienes jurídicos se encuentra inmersa dentro de la doctrina de la justificación externa de la pena en donde se denota la perspectiva del derecho penal mínimo. El profesor Ferrajoli, en este entendido, ofrece criterios para una política penal orientada a la tutela máxima de bienes con el mínimo necesario de prohibiciones y castigos¹⁸⁵:

El primero, y más elemental criterio (en palabras de Ferrajoli), consiste en que las prohibiciones sólo se justificarán en la medida en que sean dirigidas a impedir ataques concretos a bienes fundamentales de tipo individual o social y, en todo caso, externos al derecho mismo, entendiendo por ataque no sólo el daño causado, sino también el peligro en concreto que se ha corrido. Acá se encuentran inmersos los derechos fundamentales, es decir, no sólo los derechos individuales y liberales, sino los colectivos y /o sociales. Debe tratarse entonces de un daño o un peligro que se verifique o que sea evaluable empíricamente, partiendo de las características de cada comportamiento en concreto, y no solo el contenido (formal) de la prohibición. Cabe afirmar, que ningún bien justifica una protección penal, si su valor no es mayor que el de los bienes que priva la pena.

Otro criterio, indica que las prohibiciones penales, no deben estar encaminadas únicamente a la protección de bienes jurídicos, sino que además de ello, estas deben ser idóneas. El principio de utilidad, y el de separación entre derecho y moral hace que se considere como injustificada todo tipo de prohibición de la que no se derive la eficacia intimidante buscada, a causa de los profundos motivos de su comisión (sociales, económicos, individuales) donde se encuentran las conductas de adulterio, concubinato, aborto, etc.

Finalmente, una política penal de tutela de bienes, tiene justificación y fiabilidad, sólo cuando es subsidiaria de una política extrapenal de protección de los mismos

¹⁸⁵ Ibíd. p.472 y 473

bienes, los resultados lesivos, pueden resultar más efectivos desde el ámbito de lo administrativo.

Junto a estos presupuestos, están los problemas institucionales y normativos importantes que aportan a la volatilidad e incoherencia de las decisiones de política criminal¹⁸⁶.

El primero, es el problema de que la Constitución no prevea una ‘reserva de Código’ en lugar de una ‘reserva legal’, pues esto implica que hayan muchas leyes, de diversa índole, que formulan consecuencias penales, lo que hace que haya inseguridad jurídica e incoherencia al no encontrarse en un mismo cuerpo legal.

El segundo, es que la Corte, ha establecido que la ley penal es de carácter ordinario y no estatutario, pese a que ella esta ligada directamente a la afectación de un derecho fundamental como la libertad. El hecho de que la Corte constitucional pudiese tener control previo sobre estas leyes, haría que la volatilidad e incoherencia de la política criminal se limitara, además de tener en cuenta que estas requerirían de mayoría absoluta de los miembros de ambas cámaras lo que devendría en una legislación mas estable, de consenso mas social y político lo cual limitaría el carácter reactivo de la política criminal.

El tercero, es la multiplicidad de actores que constitucionalmente participan en el diseño de la política criminal, muchos con iniciativa legislativa, lo que permite que hayan propuestas dispares, incoherentes, sin que haya un órgano que desde el inicio le permita coherencia a estos proyectos.

¹⁸⁶ COMISION ASESORA DE POLÍTICA CRIMINAL. Op. Cit. p.41

2.3. La noción de bien jurídico delimitada desde la constitucionalización del derecho penal y el garantismo penal y la consecuente exclusión de la seguridad ciudadana como bien jurídico.

Traemos desde el capítulo anterior los problemas que vienen desde la delimitación del bien jurídico a partir de la constitucionalización del derecho penal y su teoría garantista inmersa, para indicar que el bien jurídico desarrollado con la constitucionalización del derecho penal y el garantismo, representa un límite real en coherencia con los límites que desde el fenómeno de constitucionalización, muestra como la ausencia de respeto por estos estándares hace que hayan excesos en términos de criminalización primaria lo que resulta en una flagrante incoherencia entre el sistema penal en un Estado Constitucional de Derecho y la consecuente obligación de expulsión de la tipificación del acto de obstruir vías públicas como protección a un bien jurídico que no se ajusta a los baremos constitucionales ni penales del Estado colombiano.

2.3.1. El bien jurídico delimitado desde la constitucionalización del derecho penal y el garantismo inmerso a esta.

Franco Bricola, en su texto 'Teoría General del Delito' tiene como tesis que la teoría general del delito es síntesis de elementos esenciales del delito en clave de positivismo constitucional vinculado a la teoría de la pena. Este expone que la Constitución debe tener un carácter rígido, así, si el legislador llegase a considerar algo ilícito penalmente, debe perseguir las finalidades del Estado que surgen de la misma Constitución, teniendo siempre la obligación de no incriminar hechos que concreten el ejercicio de derechos constitucionales, o a incriminar hechos que lesionen bienes cuya tutela hace de límite respecto a estos mismo derechos. Respecto del conjunto de normas constitucionales relativas a la materia penal debe haber un intento constante del constituyente de circunscribir dentro de los límites de la estricta necesidad el área del ilícito penal. De igual manera indica el

autor, que mientras mas densa se hace la gama de los ilícitos penales, menos podría distinguir el ciudadano entre lo ilícito y lo ilícito penal, así como de las sutilezas de los tipos penales. Dentro de las restricciones que la Constitución establece, deben encontrarse determinados valores que o ya poseen en sí relevancia constitucional, o bien la podrían adquirir precisamente a través de la explícita importancia que les atribuya la constitución en su función de límites, así, lo significativo de la violación de un bien constitucional, debe estar protegido por la acción penal, eso es, que aunque no se pueda considerar que necesariamente la sanción penal deba ser adoptada solo para tutelar valores constitucionales seleccionados como significativos, en todo caso lo significativo del valor condiciona ciertamente la medida dentro de la cual puede estar comprendida la pena. Entonces, el legislador, tiene la obligación de tutelar penalmente un valor, pero en su exacta dimensión constitucional, sin significar esto que sea suficiente que se asuma como fundamento de una categoría de delitos solamente la tutela de bienes constitucionalmente relevantes¹⁸⁷.

En este sentido, la sentencia C 939 de 2002 indica que el poder punitivo del Estado, tiene unas restricciones constitucionales, las cuales, entre otras, consisten en respetar los derechos constitucionales; en relación con los derechos constitucionales, la Corte ha señalado que los tipos penales, se erigen en mecanismos extremos de protección de los mismos, y que, en ciertas ocasiones el tipo penal integra el núcleo esencial del derecho constitucional. Por lo mismo, al definir los tipos penales, el legislador esta sometido al contenido material de los derechos constitucionales, así como los tratados y convenios internacionales relativos a derechos humanos ratificados por Colombia y en general el bloque de constitucionalidad¹⁸⁸.

En suma, tenemos que para que la política criminal sea dotada de suficiencia, se deben seguir los lineamientos de una Constitución que construya un sistema coherente, integrado y garantista de derechos. Así, “la constitución irradia su

¹⁸⁷ BRICOLA, Op. Cit. p. 27- 41

¹⁸⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C - 939 de 2002 (M. P. Eduardo Montealegre Lynet; Octubre 31 de 2002)

fuerza normativa a todo el sistema penal imbuida de supremacía formal y material”¹⁸⁹

En esa misma línea, tenemos al profesor Ferrajoli quien sostiene que el único modelo de derecho penal que el Estado Constitucional demanda se llama “garantismo penal”, teniendo a este como un modelo de derecho que se basa sobre la estricta subordinación a la Constitución y a la ley de todos los poderes y sobre los vínculos impuesto a estos para garantía de los derechos consagrados en las constituciones¹⁹⁰. Esto, en congruencia con la idea traída por el maestro Zaffaroni, de que los derechos humanos comprometen íntimamente al sistema penal¹⁹¹ y la idea de epicentro de los mismos para la construcción de una verdadera ciencia penal y la exclusión de éstos como camino al fracaso¹⁹².

- la delimitación en concreto -

Existen dos manifestaciones principales de las teorías constitucionalistas que se basan en la manera como se asume el texto constitucional para la fundamentación o delimitación del derecho penal; por un lado, están los modelos fuertes o estrictos, que reconocen a la Constitución como la continente del catálogo de bienes jurídicos merecedores de protección penal cuando esto resulte necesario, asume a la constitución como el fundamento y no sólo el límite de la intervención penal, *“este contendría el ‘rostro constitucional’ del ilícito penal, el know how del modelo constitucional del lícito penal y de la respectiva respuesta sancionatoria, capaz de diferenciarlo, en términos esenciales, del ilícito*

¹⁸⁹ BARROSO, Luis Roberto. El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho. IIJ UNAM, Serie Estudios Jurídicos N° 127, 2008. p. 35

¹⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. Derecho Penal mínimo y otros ensayos. Comisión Estatal de Derechos Humanos Aguascalientes. 2008. p. 27

¹⁹¹ INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (IIDH), Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina, Informe Final. Coordinador: Eugenio Raul Zaffaroni. 1986 . Depalma, Buenos Aires.

¹⁹² VILLANUEVA MEZA, Javier Antonio. “Derecho penal y derechos humanos”. Editorial Leyer: Bogotá. (1999) p.183-185

*administrativo y del ilícito civil*¹⁹³; de otra parte, están los modelos débiles o amplios que se desarrollan a partir de la consideración de las constituciones como un marco general de referencia suficientemente amplio para la legislación de políticas criminales y penales.¹⁹⁴ La teoría fuerte, se distingue de la débil, porque aquella es prescriptiva, mientras que esta es descriptiva y abierta a la gestión política de lo penal¹⁹⁵.

Indica el autor que las normas penales deben tutelar bienes de relevancia constitucional junto con la idea de que no es punible quien haya cometido un hecho previsto como delito en el caso que éste no haya determinado una concreta lesividad, en este sentido, la Constitución será elemento base del sistema penal, y no un criterio meramente de límite del mismo y será necesaria la noción de lesión o puesta en peligro concreto; contrario a esto, actualmente se establecen principios de política criminal abstractos, lo que hace que se deje mas espacio a esta de experimentar incriminaciones de peligro abstracto y en tutela de bienes irreducibles directamente a los constitucionales¹⁹⁶.

Según se ha dicho en el primer capítulo, la teoría del bien jurídico, tiene inmersa una relación social concreta que es la que protege el derecho penal; este, en el Estado social y Democrático de derecho, somete a un examen crítico el objeto protegido por la norma, tratándose no sólo de identificar lo que la norma protege, sino de constatar la necesidad de protección de dicho objeto; este carácter dinámico del bien jurídico, es la fuente del permanente proceso de incriminación y desincriminación a que está expuesto el derecho penal.¹⁹⁷ Lo que debe ser un imperativo, especialmente en el tema de la despenalización como una conducta

¹⁹³ DONINI, Massimo. La herencia de Bricola y el constitucionalismo penal como método. Raíces nacionales y desarrollos supranacionales. Nuevo Foro Penal N° 77, julio – diciembre de 2011, Universidad EAFIT. Medellín. p. 63

¹⁹⁴ DONINI, Massimo. El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad. Estudios de derecho penal. Lima: ARA Editores, 2010. p. 339

¹⁹⁵ DONINI, Massimo. Op. Cit. p. 63

¹⁹⁶ Ibíd. p. 43 - 83

¹⁹⁷ BUSTOS, Juan y HORMAZABAL, Hernán. Lecciones de derecho penal. Vol.II. Madrid: Editorial Trotta. 1999. p. 27

coherente con la función del bien jurídico dentro de nuestro ordenamiento constitucional y democrático.

Cuando indicamos al bien jurídico como una relación social, se señala que el derecho penal, protege una determinada relación social concreta de carácter sintético que surge de la vida social. Este tiene un carácter normativo, por cuanto es fijado por la norma de entre el complejo de relaciones que tienen lugar en la vida social; el bien jurídico representa dentro de este complejo que trae la vida social, un determinado ámbito seleccionado por la norma; con lo anterior no se está diciendo que el legislador crea el bien jurídico, en el momento en que se crea la norma, sino que la norma prohibitiva o el mandato, implica que se proteja un objeto que tenga el carácter de bien jurídico. Para que haya validez democrática de esta norma, ella tiene que pasar por el filtro crítico de la necesidad de su protección a la luz de los principios básicos que informan la naturaleza de un Estado social y democrático de derecho.¹⁹⁸

En cuanto el bien jurídico se ve precisado de esta manera, aparece como un instrumento de carácter cognitivo y por lo mismo garantista, que permite saber en concreto qué es lo que está protegiendo y saber el por qué de dicha protección. En esta medida, la teoría del bien jurídico permite un sistema crítico y participativo extensivo a las bases mismas de la sociedad.

El tipo penal, en el ámbito de la criminalización primaria, constituye un proceso valorativo, en donde el legislador construye desde los principios, la organización y los fines del sistema social, este tipo; el legislador entonces selecciona de manera abstracta un proceso de vinculación social bajo ciertas y determinadas condiciones objetivas y subjetivas no deseables e incompatibles con un sistema social determinado;¹⁹⁹ en este caso los principios propios de un Estado Social y Democrático de derecho.

¹⁹⁸ Ibíd. p. 28

¹⁹⁹ Ibíd., p. 29

El legislador, al proteger esta relación social, implica en ella un orden comunicacional entre los sujetos en un ámbito situacional concreto, estos, al interaccionar, pueden tener variadas maneras de comunicación: diferente sentido, lo que le da diferente significación. No es lo mismo pues, que la dirección subjetiva de la comunicación suponga la lesión de bienes jurídicos o que simplemente entrañe un riesgo para ellos.²⁰⁰

La concepción garantista – material de la antijuridicidad - , se entiende en caso de que haya una afección real de un bien jurídico, esto tiene fundamento constitucional, en cuanto se hace referencia al carácter de incólumes de los derechos fundamentales.

Es por lo anterior, que se tiene que ver excluido del ámbito penal, aquellos “delitos sin víctima” esto es, en los que no hay efectivamente un sujeto afectado, y en donde se pone en peligro de manera abstracta a los bienes jurídicos, conocidos como los *delitos de peligro abstracto*;²⁰¹ en estos no hay una relación de inmediatez en el proceso de tipificación frente al peligro al que se somete a un bien jurídico, entonces, para que un delito de este tipo se consume, sólo bastaría con probar la realización de este comportamiento típico para su consumación.²⁰² Esto se hace preocupante, pues al no haber lesión real a la relación social concreta, este tipo de delitos se quedan únicamente en la presunción de un peligro sin efectivamente demostrar la alta probabilidad de lesión, esto es, una relación inmediata de la situación de peligro al bien jurídico.

Con este tipo de delitos, el legislador menoscaba gravemente el principio de lesividad (*nullum crimen sine injuria*) y otra serie de principios que se derivan del principio de proporcionalidad que ante la constitucionalización del derecho y especialmente del derecho penal debe tomarse como imperativo.

²⁰⁰ Ibid., p. 30

²⁰¹ Ibid., p. 39

²⁰² Ibid., p. 43

De lo dicho líneas arriba sobre los modelos de constitucionalización del derecho penal, y aunque el modelo fuerte sería un ideal en el desarrollo de la política penal, encontramos a Colombia y su modelo de constitucionalización como uno de tipo débil; este, reconoce el claro punto de partida para el derecho penal siendo el imperativo de correspondencia entre este y los mandatos constitucionales; la Constitución política es pues, un marco de derechos fundamentales y garantías penales, desde el cual se limita la libertad política del legislador desde el principio de configuración democrática; en este sentido, la Constitución permitirá una definición negativa de los bienes jurídicos, esto es, lo que no podrá criminalizar el legislador.²⁰³

Esta definición negativa, se vería definida esencialmente por el principio de lesividad y de mínima intervención, que han sido desarrollados a lo largo de este trabajo; estos tienen el imperativo negativo que indica la prohibición de considerar un bien jurídico tutelable penalmente, a aquella relación social concreta, de rango constitucional, que no se lesiona o que no se pone en peligro verificable, y por el otro lado, el imperativo de no usar el derecho penal cuando hayan otros medios capaces de dar protección efectiva al bien, ello implica, excluir el tratamiento de bien jurídico. En positivo, indica que la relación social concreta, protegida por el derecho penal, debe ser lesionada y su puesta en peligro ha de ser verificable y que efectivamente no hubo otro medio para poder proteger esta relación social, de tal manera que se hizo un imperativo convertirla en bien jurídico:

La idea del bien jurídico como merecedor de la tutela penal, como bien empíricamente determinado, remite a la idea de su lesión como un comportamiento a la vez determinado. Esto indica, que la lesión de un bien, no puede provenir sino de un comportamiento: un hecho que se encuentre en una

²⁰³ CITA, Ricardo Antonio. "Determinación de bienes jurídico – penales, Constitución y política criminal." *En* Revista pensamiento Jurídico N° 35, septiembre – diciembre de 2012. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. p. 179

relación de causalidad con tal lesión, la cual consiste en un daño o en un peligro materialmente identificable²⁰⁴ (fuera de la especulación de peligros)

El principio de lesividad, identifica a su vez dos subprincipios a saber:

- el primero, es el de la ofensividad en abstracto, en el que hay una anclaje a la Constitución cuando se indica mediante una formulación del tipo “nadie puede ser castigado por un hecho que no ofenda bienes jurídicos de carácter constitucional”. Este primer principio, debe estar formulado en la Constitución por ser una norma dirigida al legislador.
- El segundo, el de ofensividad en concreto, en el que nadie puede ser castigado por un hecho que, aun correspondiendo a un tipo normativo de delito, no produzca en concreto, al bien por este protegido, ningún daño o peligro. Este principio, puede ser previsto en una ley común, ya que va dirigido a los jueces.²⁰⁵

En ambos casos, el principio tiene la forma propia de todas las garantías: de límite o *condicio sine qua non* de la intervención penal.

La concepción de bien jurídico, como bien empíricamente determinado, permite plantear en términos lógicos la cuestión de los delitos de peligro; en efecto, puede afirmarse que la lesión del bien, entendida de esta manera, proviene o de delitos de daño, o de los delitos de peligro consistentes según la idea carrariana del ‘peligro corrido’ por el mismo bien. De esto se deriva:

- La exclusión de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto.
- Una más precisa y rigurosa caracterización de los delitos de peligro concreto.

²⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. El principio de lesividad como garantía penal. Revista Nuevo Foro Penal. Vol 8. Nº 79. Julio – diciembre de 2012. Universidad EAFIT, Medellín. p. 110

²⁰⁵ Ibíd., p. 111

Hacer un daño, o hacer ‘correr el peligro’ al bien jurídico, debe ser objeto de prueba, debe ser, verificable²⁰⁶.

Otra cuestión, es lo relativo a lo denominado ‘intereses humanos’ por Vladimir Rodríguez Sanabria, quien indica que el punto clave en la delimitación de los bienes jurídicos, esta en evidenciar la relación entre los objetos protegidos y los intereses humanos, con el fin de que los objetos vinculados directa o indirectamente con el ser humano, que en razón de esto sean afectados o vulnerados, puedan constituirse en objetos de protección penal. Si se quiere establecer el bien jurídico – penal como limite de la intervención penal del Estado, es imprescindible entonces, que esta pretensión responda a la necesidades vitales de los seres humanos²⁰⁷.

Maria Ramos y Sebastian Zanazzi, incluyen otro requisito a la delimitación de los bienes jurídicos; indican que para determinar la posibilidad efectiva de lesión a bienes jurídicos inmateriales o colectivos se deberá efectuar un procedimiento de demostración que consiste en determinar si esos bienes pueden ser reducidos o entendidos como bienes personales:

“Así se evitarán incriminaciones contrarias al principio de lesividad y que sólo tienen en mira una simple función de control estatal. Ejemplo: el medio ambiente se trata de un bien colectivo que comprende el sol, el agua, el aire y demás elementos de la naturaleza. Si se lo reduce como un bien esencial de la persona humana que hace a su desarrollo individual y dentro de la sociedad será susceptible de ser lesionado concretamente por alguna acción humana. En cambio si se lo entiende como un bien en sí mismo, solo podrán regularse

²⁰⁶ Ibíd., p. 111 y 112

²⁰⁷ RODRIGUEZ, Vladimir. Los objetos de protección penal: entre el sistema económico y el desarrollo humano. Estudios en derecho y gobierno, junio de 2009. Universidad Católica de Colombia. P. 110

acciones de control para su protección mas no como resultado de una conducta que derive en un delito.”²⁰⁸.

Esto va en línea con lo problemáticos que se hacen los delitos de peligro abstracto, pues en éstos, se sanciona una conducta que es intrínsecamente peligrosa, donde se cuestiona que esta acción aún no afectó a ningún bien jurídico y por tanto, su punibilidad ha de resultar en una adelanto a etapas previas y por ende, ausentes de lesividad. En estos, el peligro no existe porque aún ‘no es’ y para equipararlo, se tiene que entrar en un ámbito demasiado subjetivo, o constatar este peligro ex – post, en un caso dado²⁰⁹.

En tanto sea una conducta peligrosa la que el legislador pretenda tipificar, se debe observar que lo que se castiga es que una conducta es intrínsecamente peligrosa, no la mera probabilidad de ocurrencia de un evento dañoso, ni lo que pudo haber ocurrido a partir de ella. Pues, los criterios de lesividad, siempre deberán guardar relación con el hecho concreto.

“(…) lo que pretendemos es destacar la trascendencia del bien jurídico como elemento limitador de la aplicación de la potestad punitiva por parte del Estado. A partir de allí la comprobación de lesión o peligro concreto resulta indispensable para que no se amplíe irracionalmente la facultad persecutoria estatal”²¹⁰

Desde nuestra jurisprudencia, tenemos a la sentencia 070 de 1996 por medio de la cual, la Corte Constitucional indica que el principio de lesividad ha sido acogido por la doctrina jurídico penal siendo recogida además en la legislación, como uno de los elementos necesarios del delito; indica la Corte que aunque este principio de “medular importancia” no ha sido expresamente consagrado en la Constitución

²⁰⁸ RAMOS, Maria y ZANAZZI, Sebastian. Los delitos de peligro y el principio de lesividad. Asociación Argentina de Profesores de derecho penal. Universidad de Buenos Aires. Argentina.p. 7

²⁰⁹ Ibíd., p. 8 y 9

²¹⁰ Ibíd.,p. 10

Política, no quiere decir que haya ausencia de relevancia constitucional o que no se pueda deducir de las mismas normas constitucionales. En efecto, lo que se debe tener claro es que aunque las autoridades están instituidas para proteger la vida, honra y demás bienes, derechos y libertades de las personas residentes en Colombia, el *ius puniendi* del Estado no puede conllevar a una restricción injustificada de los derechos fundamentales, como podría suceder, cuando a pesar de que un bien es reducidamente importante, se limita irrazonablemente la libertad personal del infractor; este principio de lesividad, o de antijuridicidad material, se deduce efectivamente de las normas constitucionales, así, entre la conducta típica y la respuesta punitiva debe darse una relación de proporcionalidad, donde de la gravedad de la infracción se deriva la gravedad de la pena. “De no ser posible para el juez constitucional la determinación de un parámetro objetivo de actualización de la cuantía, que deje a salvo los derechos fundamentales del procesado, la norma acusada debe excluirse del ordenamiento jurídico”²¹¹

Frente al principio de mínima intervención la Corte ha sido reiterativa en frente a que este es el marco del derecho penal, así, el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar solamente cuando las demás alternativas de control han fallado. Este precepto indica por un lado, que el Estado no tiene la obligación de sancionar todas las conductas antisociales, y por el otro, que no se pueden tipificar conductas que no sean un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o de los individuos. Así mismo, indica la Corte, que la criminalización de las conductas, debe ser la última de las opciones de todo el espectro de decisiones que el Estado esta en capacidad de imponer, entonces, la decisión de imponer una pena, por ser la expresión de máxima drasticidad, es el último recurso al que el Estado podrá acudir.

“De esta manera, la jurisprudencia justifica la descripción típica de una conducta, únicamente cuando se verifica una necesidad real de

²¹¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C - 070 de 1996. (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; Febrero 22 de 1996)

*protección de los intereses de la comunidad, de allí que el derecho penal sea considerado por la jurisprudencia como la ultima ratio del derecho sancionatorio*²¹²

Estos axiomas desarrollan el principio de mínima intervención, según el cual, el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando los demás alternativas de control han fallado.

2.3.2. La criminalización primaria colombiana: exceso a límites dados por la constitucionalización del derecho penal.

El profesor Zaffaroni, al hablar de los problemas que tiene el uso del derecho penal en países latinoamericanos, trae la identificación de algunos problemas que los excesos del uso en el derecho penal trae:

El primero es la tendencia de la legislación penal a descodificarse, haciendo caso omiso al ideal moderno de *código* que el enciclopedismo y la ilustración nos aportó.

Otra cuestión es el uso de los medios de comunicación, y la exposición de delitos que permanecían normalizados, frente a lo que el derecho penal ha entrado en lógicas de creación de tipos penales simbólicos, que de por sí resultan vagos, imprecisos, etc.

Una cuestión especial, es el referente al modelo económico globalizador del que esta sufriendo nuestra región, lo que produce desocupación y por ende, expulsión del aparato productivo y exclusión social, trayendo reiterativamente campañas de ley y orden y el impulso para que operadores políticos, respondan con una ideología de seguridad ciudadana que se traduce en leyes represivas que no sólo alteran la racionalidad en las escalas penales, sino que además resultan de imposible cumplimiento. Se trata de leyes frontalistas, que se caracterizan por impresionar al observador por su monumentalidad.

²¹² Corte Constitucional. Sentencia 636 de 2009. M. P. Mauricio Gonzales Cuervo; Sentencia 365 de 2012. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Sentencia 464 de 2014. M. P. Maria Eugenia Gomez Chiquiza.

Entre otros rasgos de excesos, Zaffaroni afirma como caracteres regionales de la legislación penal, los de descodificación, transnacionalización, frontalismo, renormalización, fiscalización y banalización.²¹³

Juan Oberto Sotomayor, hace la distinción entre tres sistemas punitivos presentes en Colombia: el primero corresponde al sistema penal ordinario, desde el cual se erigen los principios rectores y los principios coherentes con un sistema penal garantista y el concepto de su bien jurídico, tales como los de legalidad, lesividad, culpabilidad, presunción de inocencia, la dignidad humana, etc.; en segundo lugar nos encontramos con los sistemas penales paralelos, que se consolidan como ‘sistemas de emergencia’ y su característica principal es la ruptura con los principios antes enunciados, configurándose como ‘legislación de orden público’; y el tercero es el concerniente al sistema penal subterráneo del que se hace referencia al hablar de los grupos de justicia privada, o de escuadrones paramilitares.

Sotomayor afirma que en Colombia, se configura un derecho penal autoritario pues con el fenómeno de la ‘huida hacia el derecho penal’ y la ‘expansión de la emergencia’ crea un ambiente de ‘emergencia estructural’ en el ámbito del sistema penal legal. Lo anterior, lo ubica fuera de los parámetros del sistema penal ordinario (con los principios del garantismo) y lo posiciona como tendencia en los sistemas penales paralelos, pues legitimados en el bien jurídico en sentido funcionalista, provoca que el ordenamiento penal se enfoque en la búsqueda del equilibrio del sistema, y sólo interesa lo que puede hacerse para el mantenimiento de tal equilibrio, de donde se deriva su idoneidad para justificar el sistema penal de emergencia²¹⁴, pues “la necesidad de orden, termina identificada con el orden vigente, cualquiera que este sea.”²¹⁵

²¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales. La constitucionalización del derecho penal. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Diciembre de 2009. Quito (Ecu). P.ps 15 y 16

²¹⁴ SOTOMAYOR, Juan Oberto. Garantismo y derecho penal en Colombia. OP. Cit. p.92 - 97

²¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. El funcionalismo sistémico y sus perspectivas jurídico – penales en Estudios Penales en memoria del profesor Agustín Fernández Albor. Santiago de Compostela: Universidad Santiago de Compostela, 1989. p. 84

Colombia se ha visto sumida en una tendencia de inflación penal, de ‘populismo punitivo’, en donde el funcionalismo penal cobra su máxima expresión: el bien jurídico es tutelado por la norma penal y su vigencia, y el daño a este, no concierne en cuestiones externas a él, sino que se lesiona a la misma norma jurídica. Entonces, si el fin del derecho penal es la protección del bien jurídico en tanto la vigencia normativa de un tipo penal, esta claro que la concepción así del bien jurídico de la ofensa producida por el delito y del fin de la pena, no será capaz de sugerir ningún tipo de límite al derecho penal²¹⁶, sino que por el contrario, legitima una cada vez mayor expansión del plano punitivo del Estado, como de hecho viene sucediendo.

Y con esto no es suficiente, con base en esta noción funcionalista, se legitima la construcción de un derecho penal de autor, antes que un derecho penal de hecho, mediante la configuración con lesivas de incluso las identidades personales por ser estigmatizadas como subversivas, terroristas, fundamentalistas, con diversas inclinaciones hacia el delito, objetivamente peligrosos, o como enemigos. Este tipo de estigma-identidades, se pueden representar como una amenaza para el orden constituido y como tales ser penalizadas, independientemente de la comisión de un hecho y de la consecución de las respectivas pruebas de ellos. Y volviendo a lo dicho líneas arriba, la culpabilidad de estos ‘autores’ consistirá en la ‘configuración del mundo’ en oposición a la norma, esto es, en oposición a ‘la estructura normativa de la sociedad’ que con el delito es propuesta por el autor, esto es, su desobediencia a la norma.²¹⁷

La labor de la protección de los bienes jurídicos, de igual manera se ha visto desdeñada a causa del sistema económico, su predominio sobre los demás aspectos de la vida, hacen que incluso las formas e instituciones de control social pierdan vigencia; este predominio del sistema económico ha hecho que se disminuya la capacidad de control social aumentando el desconocimiento de la

²¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. El principio de lesividad como garantía penal. Op. Cit. p. 112

²¹⁷ *Ibíd.*

normatividad como parte de las experiencias individuales; una realidad como esta, debe motivar la reflexión acerca de los fines de la sanción penal en el sistema social y en el Estado Social y Democrático de Derecho. *“el planteamiento del derecho penal entendido como parte del control social, sugiere²¹⁸ una revisión puntual, debido a que el vínculo de las instituciones de control con las sociedades actuales, esta mas que disuelto”*

A pesar de que se ha enfatizado tanto en el deber de proteger bienes jurídicos, como un límite del ámbito de la criminalización primaria, la situación real es bastante preocupante, pues, realmente es la estructura del sistema económica la definitiva para configurar los objetos de protección penal; esto significa que la tutela del bien jurídico, no responde a la necesidad de asegurar las condiciones para fomentar el desarrollo y el crecimiento personal de los seres humanos y de una sociedad; la coincidencia entre los intereses económicos y la formulación del derecho penal, impide que se pueda pensar en un bien jurídico que actúe efectivamente como límite al poder punitivo del Estado. Limitar al *ius puniendi estatal* tiene que ser inequívocamente una tarea realizada al margen de las directrices económicas que constituyen la realidad social. En lugar de esto, parece que son justamente la dignidad y los derechos humanos, los que se han convertido en los limitantes de la intervención penal del Estado²¹⁹.

2.3.3.Exclusión de la ‘seguridad ciudadana’ como bien jurídico tutelado.

Juan Pablo Morales, indica que la defensa social, nos lleva no solo a desconocer a la Constitución Nacional, sino que se convierte en terrorismo penal; en este entendido, la democracia no puede ser solamente la voluntad del pueblo, sino que esa voluntad debe estar restringida por los derechos. Dentro del ámbito de la

²¹⁸ RODRIGUEZ, Vladimir. Los objetos de protección penal: entre el sistema económico y el desarrollo humano. Op. Cit. p. 105

²¹⁹ Ibíd. p. 108 y 109

democracia sustancial, encontramos que sí importa quién y cómo se decide , pero también qué se decide²²⁰.

La inclusión de la seguridad ciudadana como un bien jurídico protegible desde la prohibición de la conducta de obstruir vías publicas, ha traído problemas tanto de índole social, como política y jurídica; esto, por cuanto se caracteriza como un bien jurídico: una relación social concreta que no se ve realmente menoscabada por la acción de obstruir vías publicas en el marco de la protesta social; por el contrario, quien está siendo realmente menoscabado, es este derecho de rango constitucional por la prohibición de la conducta.

Tenemos una Corte Constitucional, que indica de qué manera se considera lesiva la acción de obstruir vías publicas (ver cap. 1.2.1) en donde refiere que “se debe demostrar que se alteró el funcionamiento regular de las vías o infraestructuras de transporte, y que de ese modo se atentó contra la vida humana, la salud publica, la seguridad alimentaria, el medio ambiente y el derecho al trabajo, incluyendo un daño al menos potencial para la seguridad”.

Desde esta definición de la lesión del delito de obstrucción de vías públicas, tenemos que en primera medida la relación de causalidad que exige una de las delimitaciones de los bienes jurídicos se encuentra excluida. Iniciamos indicando que la alteración regular de las vías o las infraestructuras de transporte, corresponde a una perturbación normal de los derechos de los ciudadanos. Pues la proporción de la limitación de uno de los dos derechos , implica que limitar el derecho a protestar, es más gravoso , que la consecuencia de generar simples incomodidades de movilidad. Seguimos con el punto del atentado contra la vida humana, la salud pública, la seguridad alimentaria, el medio ambiente y el derecho al trabajo, que aunque son derechos de rango constitucional, tenemos que el hecho de obstruir las vías 1) no lesiona inmediatamente ninguno de estos

²²⁰ MORALES, Juan Pablo. Democracia, sustancia, sus elementos y conflictos en la práctica en AVILA, Ramiro. Neoconstitucionalismo y sociedad, Serie Justicia y Derechos Humanos, Tomo I, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, V&M Gráficas. 2008. Quito

bienes y 2) no los pone inmediatamente en peligro. Este peligro es verificable de acciones de incendio, de ofensas contra la integridad física, por medio de acciones violentas, de emisión o vertimientos de sustancias que inmediatamente dañen algún aspecto ambiental y de la relación directa con el trabajo de las personas que ven reducida su movilidad a causa de las obstrucciones, lo que constituye otros delitos como incendio, homicidio, lesiones personales etc., sin embargo, resulta desproporcionado el sólo hecho de argumentar, que obstruir las vías públicas inmediatamente traerá menoscabo a estos derechos, aún cuando históricamente tal acción de protesta se ha desarrollado sin poner en peligro la existencia de tales o siquiera las condiciones de vida en sociedad. Finalmente, el término de ‘daño al menos potencial’, está poniendo en flagrante indeterminación la relación causal del acto con la relación social definida en la Ley 1453, pues como se sabe, por un lado, la sensación de inseguridad que traen estos actos, se dan en primera medida por las acciones violentas que emprende el ESMAD a nombre del Estado y, por los medios de comunicación que en pro de deslegitimar estos actos, se dedican a hacer terrorismo mediático; por el otro lado, este acto de obstruir vías no implica *per se* un atentado contra la seguridad pública, esta inseguridad es subjetiva, y se hace objetiva desde las acciones materiales esbozadas anteriormente.

Desde los subprincipios de ofensividad, tenemos en primera medida que este acto de obstruir vías públicas, en abstracto no atiende al principio de lesividad, pues, la seguridad ciudadana entendida desde la tipificación del acto, implica una relación social protegida sin guardar el principio de proporcionalidad entre el acto, la medida, y el bien protegido; del que hemos hablado líneas arriba. La ofensividad en concreto, en el que no se puede castigar si el tipo no produce un daño o peligro en concreto al bien pretendidamente protegido por el mismo, implica inmediatamente que las relaciones de causalidad del acto, con la relación social protegida, de ninguna manera le genera menoscabo.

La seguridad ciudadana, por ser una relación social definida jurisprudencialmente y por este tipo penal de forma abstracta como indicamos anteriormente, por medio del daño al derecho a la vida, al trabajo, a la salud, etc. aunque tiene rango constitucional (como una expresión del artículo 2º de la Constitución Política), no se puede considerar como un bien jurídico, esto es, ser protegido por el derecho penal, pues lo debido a su integración, son derechos que ya se han protegido mediante otros tipos penales, o porque igualmente, resulta desproporcionado castigar por medios punitivos, una relación social que no es concreta ni definida más que por los bienes inmersos a este, y que de por sí, ya tienen otros medios de protección:

- la jurisdicción laboral: en caso de afectación al trabajo
- jurisdicción penal: en cuanto a la afectación de la vida y en los casos mas graves de afectación a la salud pública.
- Jurisdicción administrativa: frente a la afectación a la salud pública y el medio ambiente.
- Medidas policiales: ante el funcionamiento irregular de las vías (aclarando que tratándose de un derecho, las acciones policiales no se deben enfocar en reprimir la protesta, sino a la intervención en la regulación del tránsito y cuestiones menores relacionadas con el estrés que produce la afectación a la movilidad)

Aunque la seguridad ciudadana, puede declararse un valor y derecho fundamental desde el artículo 2º de la Constitución Política colombiana, esto no implica que sea un bien a ser protegido mediante el derecho penal, pues de acuerdo con la jurisprudencia expuesta apartados anteriores, para que haya afectación de la relación social, el delito debe ponerla en condición de peligro real, y no de modo abstracto, esto es, de mera probabilidad de que la obstrucción de las vías afecte a la seguridad ciudadana, o que tan sólo sea *hipotéticamente* constatable como ocurrió en el debate que terminó con la aprobación de tipificación de esta conducta como delito.

Cuando se hace referencia al ámbito de los ‘intereses humanos’, tenemos que debe haber una correspondencia entre los objetos protegidos, y estos, y en razón a ello, se pueda constituir una lesión o vulneración para que se conviertan en objetos de protección penal. Los intereses humanos no podrían ser otros que los derivados de nuestra Constitución Política, esto es, los intereses humanos propios de un Estado Social y Democrático de Derecho en donde la relación seguridad ciudadana, como objeto protegido, y fines del Estado propios de las necesidades humanas, como ‘intereses humanos’, no se vean lesionados por el acto de obstruir vías; al contrario, esta acción solamente se encarga de reivindicar una de las necesidades humanas expresadas constitucionalmente el cual es el derecho a protestar desde la libertad de expresión que le ha reconocido la Constitución Política, es por esto que no se puede constituir a la seguridad ciudadana como un bien jurídico de protección penal tampoco por este medio.

Al ser el principio de lesividad y de mínima intervención, principios de carácter constitucional, la delimitación que hace la Corte Constitucional al bien jurídico se hace imprescindible en este análisis; es así, como efectivamente se ha dicho en párrafos anteriores, que la conducta debe lesionar de forma directa la relación social de rango constitucional, sin embargo esto no es suficiente, pues aunque sea un deber del Estado protegerlo, 1) esto no puede llevar a una restricción injustificada de los derechos fundamentales (por la desproporción en este caso del bien delimitado de modo abstracto y su pena de restricción de la libertad) y 2) para proteger de la manera en que es presentado el bien, no hace falta recurrir al derecho penal, sino que ya su contenido esta siendo protegido mediante otras medidas, en algunos momentos, de forma menos restrictiva, lo que es coherente con el principio de *ultima ratio*, elemental en la definición del derecho penal.

En este orden de ideas, la relación social concreta, esto es, la seguridad ciudadana, por medio de la protección del derecho penal, con el artículo 353ª del

Código Penal, no se ve efectivamente afectada por la acción de obstruir vías, esto por cuanto:

1. Pese a ser una extensión de un derecho fundamental derivado del artículo segundo de la Constitución Política, esto no incluye *per se* una obligación de protección de *ultima ratio*.
2. El contenido de la relación social concreta es abstracta e inexacta, por su definición en la ley de seguridad ciudadana y en la jurisprudencia, lo que excluye una efectiva lesión o puesta en peligro concreta. (principio de lesividad)
3. Este mismo contenido y sus elementos ya tienen otros medios de protección, algunos menos lesivos y otros correspondientes con los bienes jurídicos concretos como la vida.
4. Esta relación social puede ser protegida por otros medios menos restrictivos tales como el administrativo o con medidas policiales. (principio de mínima intervención)
5. Privar del derecho a la libertad al alguien que lesione este bien abstracto e inexacto, resulta una desproporción flagrante además de injustificado tal como lo ha indicado nuestra Corte Constitucional.

Ramiro Ávila, nos dice en este sentido que un Estado Constitucional de Derechos y Justicia esta compuesto por una esfera que no es decidible por las mayorías, sustrayéndose así de la voluntad mayoritaria. No se podría decidir concretamente que todas las personas, debemos ser consideradas y tratadas de forma igualitaria esencialmente en respeto a la vida y a la libertad personal. De esta manera, indica categóricamente, que no se pueden menoscabar estos derechos expuestos constitucionalmente, por el sentimiento de inseguridad ciudadana, por el bien común , por el orden público, o por cualquier otra consideración que sea un

sentimiento de ‘mayorías’²²¹ en acuerdo con lo que presentábamos sobre la democracia en capítulos precedentes.

Terminamos por indicar, que el derecho penal se esta enfrentando con una cuestión eminentemente política (Zaffaroni, 2009, p. 50), lo que hace evidente, la pretensión del derecho penal de quitar el problema de ese ámbito para llevarlo y tratarlo desde el campo del derecho penal, esto en palabras de Zaffaroni, resulta siendo la forma más radical de dejar el problema de la protesta social (no por la protesta en sí misma sino por sus causas) sin solución²²² y sí, agravar la situación de quienes protestan por la inconformidad de un país cada vez más injusto.

²²¹ ÁVILA, Ramiro. Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales. La constitucionalización del derecho penal. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Diciembre de 2009. Quito (Ecu) p. 24

²²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. (2009). Hacia dónde va el poder punitivo. (L. D. Lopez Escobar, Ed.) Medellín: Señal Ediciones S.A. p. 50

3. Conclusiones

El desarrollo de las conclusiones del presente trabajo, se encargará de dar una reconstrucción sintetizada del mismo, desde los objetivos que hemos propuesto en la introducción; inicialmente las conclusiones de la reconstrucción de la problemática planteada, en seguida, las concernientes con el marco teórico que es base para la solución del problema, y finalmente las de la validación de la hipótesis planteada como respuesta al problema investigado.

➤ ***La criminalización primaria en torno al acto de obstruir vías públicas y el bien jurídico de la seguridad ciudadana:***

La tipificación de la conducta de obstruir vías públicas como acto de protesta, es una acción persistente a lo largo de la historia colombiana, y a nivel de la región latinoamericana; esta tiene como precedente, coyunturas conflictivas de tipo social y político, en donde ante los disgustos generalizados de una sociedad, el Estado responde con medidas represivas de tipo jurídico como en el caso de la tipificación del acto de obstruir las vías públicas como protección a un bien jurídico denominado seguridad ciudadana; esta, como bien delimitado desde la Ley 1453 de 2011, tiene un contenido que se ha desarrollado jurisprudencialmente, dejando evidencia de la vaguedad de aquella al ser un pretendido bien jurídico. Esto, porque para que se configure esta relación social concreta, se exige que se altere el funcionamiento regular de las vías, además que se atente contra la vida humana, la salud pública, la seguridad alimentaria, el medio ambiente y el derecho al trabajo.

Desde lo anterior, nos acercamos al imperativo de que los bienes jurídicos no tendrán la calidad de tales por su mera denominación; la constitucionalización del derecho penal, desde su inherente fórmula democrática materializa la noción del bien jurídico como un producto social, desde su proyecto de Estado; así, este será

definido por una relación social concreta protegida por el derecho penal, la cual tiene un doble carácter sintético: síntesis normativa y síntesis social.

Entonces, la tipificación de las conductas debe efectivamente proteger un bien jurídico, esto implica, una relación social de carácter constitucional fundamental, a la que se lesione o ponga en peligro de manera concreta.

En este orden de ideas, será el bien jurídico ese instrumento que permitirá delimitar en negativo la acción del legislador, haciendo que sólo se puedan tipificar las conductas de mayor relevancia social con carácter constitucional, lo anterior, hace parte de la función garantizadora del bien jurídico en donde al saberse el qué y el por qué, abre la posibilidad de revisar críticamente la norma sancionadora y de todo el ordenamiento penal, buscando la desincriminación de conductas que han perdido su vigencia social.

➤ ***Principio de lesividad y mínima intervención como limitadores del bien jurídico desde la constitucionalización del derecho penal con inherente garantismo:***

Es necesario que la Constitución tenga un carácter rígido, en el que si el legislador llegase a considerar algo ilícito penalmente, debe perseguir las finalidades del Estado que surgen de la misma Constitución, teniendo siempre la obligación de no incriminar hechos que concreten el ejercicio de derechos constitucionales, o a incriminar hechos que lesionen bienes cuya tutela hace de limite respecto a estos mismos derechos.

La teoría garantista resulta ser la otra cara del constitucionalismo, ella constituye el presupuesto jurídico de la democracia; este modelo de ciencia jurídica, basado en la garantía de los derechos, unido a la nueva concepción de los ordenamientos constitucionales, da lugar a profundas transformaciones que resultan ser centro de debates en torno a la ciencia jurídica, la teoría del derecho y el sistema democrático.

En esta línea, tenemos que la constitucionalización del derecho penal, envuelve una apuesta hacia el garantismo penal; esto implica tal interrelación, que en la medida en que los niveles de uno u otro se menoscaben, el menoscabo de su recíproco será proporcionalmente directo; es así como el derecho penal para que sea garantista, requiere de un marco constitucional sólido que permita el desarrollo de políticas coherentes con nuestra fórmula política y el proyecto de Estado consagrado en nuestra Carta Política; por el contrario, un marco constitucional débil, hace que se disminuya el garantismo del derecho penal, lo que termina por caer en la sistemática de políticas aisladas por la desinstitucionalización del derecho punitivo.

Un estudio en el sentido de la delimitación del bien jurídico a propósito de la constitucionalización del derecho penal con enfoque garantista, ofrece respuestas a la vaguedad e imprecisión a la que se ha visto sometida a lo largo de la historia doctrinaria, jurídica y política.

Es así, como el bien jurídico esta en la base misma de una relación social que se habrá de definir como democrática por su capacidad de integrar culturas y subculturas ampliando la base de discusión. Este no puede tener un carácter estático pues siempre estará en el centro de la instancia básica de la decisión política y estará expuesto a su revisión crítica. Al negarle este carácter a la política penal de Estado, se estaría negando la esencia de la democracia.

La delimitación de un bien jurídico como tal, exige que se cumplan los principios constitucionales de mínima intervención, lesividad y el derecho penal como ultima ratio, los cuales aunque no están expresados explícitamente en la Constitución Política, tienen este carácter por los desarrollos jurisprudenciales que así lo han manifestado.

Una definición negativa del bien jurídico, se vería definida esencialmente por el principio de lesividad y de mínima intervención, que han sido desarrollados a lo largo de este trabajo; estos tienen el imperativo negativo que indica la prohibición

de considerar un bien jurídico tutelable penalmente, a aquella relación social concreta, de rango constitucional, que no se lesiona o que no se pone en peligro verificable, y por el otro lado, el imperativo de no usar el derecho penal cuando hayan otros medios capaces de dar protección efectiva al bien, ello implica, excluir el tratamiento de bien jurídico. En positivo, indica que la relación social concreta, protegida por el derecho penal, debe ser lesionada y su puesta en peligro ha de ser verificable y que efectivamente no hubo otro medio para poder proteger esta relación social, de tal manera que se hizo un imperativo convertirla en bien jurídico.

Frente al principio de mínima intervención la Corte Constitucional ha sido reiterativa en frente a que este es el marco del derecho penal, así, el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar solamente cuando las demás alternativas de control han fallado. Este precepto indica por un lado, que el Estado no tiene la obligación de sancionar todas las conductas antisociales, y por el otro, que no se pueden tipificar conductas que no sean un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o de los individuos.

Así mismo, la Corte Constitucional ha indicado que aunque las autoridades están instituidas para proteger la vida, honra y demás bienes, derechos y libertades de las personas residentes en Colombia, el *ius puniendi* del Estado no puede conllevar a una restricción injustificada de los derechos fundamentales, como podría suceder, cuando a pesar de que un bien es reducidamente importante, se limita irrazonablemente la libertad personal del infractor; este principio de lesividad, o de antijuridicidad material, se deduce efectivamente de las normas constitucionales, así, entre la conducta típica y la respuesta punitiva debe darse una relación de proporcionalidad, donde de la gravedad de la infracción se deriva la gravedad de la pena.

➤ ***Incoherencia de la seguridad ciudadana como bien jurídico desde la noción de bien jurídico de la constitucionalización del derecho penal.***

La seguridad ciudadana puede ser entendida como una relación social de carácter constitucional, por desarrollo del artículo 2º de nuestra Constitución Política, lo que no implica *per se* que el derecho penal se encuentre llamado a la protección del mismo.

El principio de mínima intervención, evita que el bien de la seguridad ciudadana sea considerado como bien a proteger penalmente, esto, porque su contenido se ha visto protegido de diversas maneras menos lesivas y protegerlo en tanto bien complejo, implicaría un exceso que contraviene los postulados de un Estado Social y Democrático de derecho.

El principio de lesividad es contrariado de igual manera por el bien de la seguridad ciudadana, esto, porque las consecuencias del acto de obstruir vías públicas, no son verificables en cuanto a su lesión, ni frente a su puesta en peligro concreto, lo que lo deja en un peligro abstracto que por tal, no puede darse el carácter de bien jurídico; sólo este hecho, haría que se declarara la inconstitucionalidad del tipo penal por ausencia de un bien jurídico tutelado, y teniendo de presente precedentes en los que la Corte Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad por el incumplimiento de la máxima constitucional de lesividad.

La tipificación de la conducta de obstruir vías públicas, como pretendida forma de proteger la relación social de la seguridad ciudadana, resulta incoherente bajo las luces del constitucionalismo penal y su enfoque garantista, pues, desde un derecho penal garantista, debe haber una fuerte sumisión al marco constitucional, el cual con sus principios de lesividad y mínima intervención y el cumplimiento de aquellos en la definición de bienes jurídicos, dará el elemento de coherencia entre lo tipificado (penalmente) y los presupuestos de un marco constitucional propio de un proyecto de Estado orientado por nuestra Constitución Política.

Por ultimo, tenemos que es un deber del Estado dar solución a las quejas que manifiestan varios sectores de la sociedad por medio de la obstrucción de vías como modo de protesta, esto, debe estar inmerso en su política criminal de Estado, pues desde su carácter social, es necesario prever soluciones sustanciales al problema, y no, pretender ocultar por medio de medidas punitivas las inconformidades que se derivan de una sociedad pluralista.

Bibliografía

- ALCACER GUIRAO, Rafael. La protección del futuro y los daños cumulativos. VII jornadas de profesores y alumnos de Derecho Penal de las Universidades de Madrid, celebrada los días 10, 11 y 12 de abril en la Universidad Autónoma de Madrid.
- ANGIONI, F. Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico. Milán: Giuffré editore. 1983.
- ÁVILA, Ramiro. Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales. La constitucionalización del derecho penal. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Diciembre de 2009. Quito
- BACIGALUPO, Enrique, Derecho penal. Parte general, 2a ed., Buenos Aires: Hammurabi, 1999.
- BARATTA, Alessandro. Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal. Una discusión en perspectiva de la criminología crítica. En Pena y Estado. Función simbólica de la pena. España: Editores Promociones y Publicaciones Universitarias. 1991.
- BARATTA, Alessandro. Trad. BUNSTER, Alvaro. Criminología crítica y crítica del derecho penal. Mexico D.F: Siglo XXI editores. 2001.

- BARROSO, Luis Roberto. El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho. IIJ UNAM, Serie Estudios Jurídicos N° 127, 2008.
- BERTONI, Eduardo (compilador). ¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho Penal y libertad de expresión en América Latina. Universidad de Palermo. 2010. Buenos Aires
- BINDING, Karl. Die Normen und ihre Uebertretung, 3 ed., Leipzig, Verlag Felix Meiner . 1916
- BRANDARIZ, José. Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas. Editorial Valencia: Tirant Lo Blanch. 2004.
- BRICOLA, Franco. Teoría General del Delito. Trad. Diana Restrepo Rodríguez. Montevideo – Buenos Aires: Editorial B de f , 2012.
- BUITRAGO, Ángela María .Riesgo y seguridad ciudadana. Nuevo paradigma penal. En XXXIV Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Retos del derecho penal contemporáneo: corrupción y seguridad ciudadana. Universidad externado de Colombia, 2012. Bogotá
- BUNGE, Mario. Mente y sociedad. Madrid: Alianza Editorial. 1989.
- BUSTOS, Juan y HORMAZABAL, Hernán. Lecciones de derecho penal. Vol.II. Madrid: Editorial Trotta. 1999.
- BUSTOS, Juan. Manual de derecho penal (Parte General) 3ª edición. Barcelona: Ariel Editorial. 1989.

-
- CARBONELL, Miguel. Congreso Internacional: El constitucionalismo a dos siglos de su nacimiento en América Latina-. Mesa: La justicia penal en el contexto garantismo. 2 – 4 Febrero de 2000. Universidad Autónoma de Puebla. San Andres Cholula, Puebla. (Méx.)
 - CARDOZO, Rodrigo Cristhian. La seguridad ciudadana como tendencia político criminal. Santiago de Chile: Editorial Leyer.
 - CITA, Ricardo Antonio. “Determinación de bienes jurídico – penales, Constitución y política criminal.” En Revista pensamiento Jurídico N° 35 , septiembre – diciembre de 2012. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá.
 - COMISION ASESORA DE POLÍTICA CRIMINAL. INFORME FINAL, Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano. Ministerio de Justicia y del derecho. Junio de 2012. Bogotá (Col.)
 - Conf. ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, Derecho penal. Parte general, EDIAR, Sociedad anónima editora, comercial, industrial y financiera 2a ed., 2002 (1a ed., 2000) Buenos Aires .
 - COURTIS, Christian. Ecos cercanos. Estudios sobre derechos humanos y justicia. Bogotá: Siglo del hombre Editores. 2009.
 - COX, Francisco. . Criminalización de la protesta social: “no tiene derecho a reunirse donde le plazca”. En BERTONI, Eduardo (compilador). ¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho Penal y libertad de expresión en América Latina. Buenos Aires: Universidad de Palermo. 2010.

- DAHRENDORF, Ralf. Out of Utopia: toward a reconstruction of sociological analysis. The american journal of sociology. LXIV.
- DE SECONDAT, Charles Louis – Barón de Montesquieu. El espíritu de las leyes. Cataluña : Editorial Brontes S.L. 2012.
- DIEZ RIPOLES, Jose Luis. El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista. Congreso Internacional en conmemoración del 75 aniversario del código penal argentino. 1997. Buenos Aires Argentina.
- DONINI, Massimo. La herencia de Bricola y el constitucionalismo penal como método. Raíces nacionales y desarrollos supranacionales. Nuevo Foro Penal N° 77 , julio – diciembre de 2011, Universidad EAFIT. Medellín
- _____ El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad. Estudios de derecho penal. ARA Editores, 2010 . Lima
- CASTELLANOS, Fernando. Lineamientos elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa, 1984, México
- SZABO, Denis. Criminología y Política Criminal. Editorial Siglo XXI, México, 1985.
- ESCOBAR, Guillermo. Seguridad ciudadana. VIII informe derechos humanos. Federación Iberoamericana de Ombudsman. Trama Editorial, 2011. Madrid .
- ESCRIVÁ , J.M. Algunas consideraciones sobre derecho penal y Constitución. Papers 13. 1980. Barcelona.

-
- FERNANDEZ CRUZ, José Ángel. GLORIA PATRICIA LOPERA MESA. Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales. Rev. derecho (Valdivia), jul. 2007, vol.20, no.1.
 - FERRAJOLI, Luigi. Congreso Internacional: El constitucionalismo a dos siglos de su nacimiento en América Latina-. Mesa: La justicia penal en el contexto garantismo. 2 – 4 Febrero de 2000. Universidad Autónoma de Puebla. San Andres Cholula, Puebla. México.
 - FERRAJOLI, Luigi. Derecho Penal mínimo y otros ensayos. Comisión Estatal de Derechos Humanos Aguascalientes. 2008. México.
 - FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del garantismo Penal. Madrid: Editorial Trotta. 2000..
 - FERRAJOLI, Luigi. El paradigma normativo de la democracia constitucional en MARCILLA, Gema. Constitucionalismo y garantismo. Universidad Externado de Colombia. 2009. Bogotá
 - FERRAJOLI, Luigi. El principio de lesividad como garantía penal. Revista Nuevo Foro Penal. Vol 8. N° 79. Julio – diciembre de 2012. Universidad EAFIT, Medellín
 - FRASER, Nancy. Justicia interrumpida. Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”. Universidad de los andes. Siglo del hombre Editores. 1997. Bogotá (Col)
 - GARGARELLA, Roberto. El Derecho y el castigo: de la injusticia penal a la justicia social. Buenos Aires, Argentina: Universidad Torcuato Di Tella.2010

- _____ No hay democracia sin protesta. Entrevista realizada en septiembre del año 2005 en La Plata, Argentina. Entrevistador: Esteban Rodríguez
- GONZALEZ, Pablo Elías .Derecho Laboral en las relaciones públicas y privadas. Editorial Legis , 2001
- GRACIA MARTIN, Luis .Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la critica del discurso de resistencia. Edita Editorial TIRANT LO BLANCH, 2003. Valencia
- Grisanti. Manual de derecho penal. En AYALA, Carlos. La criminalización de la protesta en Venezuela. En BERTONI, Eduardo (compilador). ¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho Penal y libertad de expresión en América Latina. Universidad de Palermo. 2010. Buenos Aires (Arg.).
- HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. La responsabilidad por el producto en Derecho penal. TIRANT LO BLANCH, 1995. Valencia .
- HASSEMER, Winfried. Fundamentos del Derecho Penal. Casa Editorial BOSH, S.A. 1984. Barcelona (Esp.)
- HASSEMER, Winfried. Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. En Doctrina Penal 46/47 (1989)
- HOBBS, Thomas. El Leviatán. Editorial Losada. 2003. Buenos Aires (Arg.)
- HORMAZABAL, Hernán, Bien jurídico y Estado Social y Democrático de derecho (El objeto protegido por la norma penal). Dirigida por: BUSTOS,

-
- Juan y HORMAZABAL, Hernán, promociones y Publicaciones Universitarias, S.A. 1991. Barcelona
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (IIDH), Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina, Informe Final. Coordinador: Eugenio Raul Zaffaroni. 1986 . Depalma, Buenos Aires (Arg.)
 - IZAGUIRRE, Inés, “Algunos ejes teórico - metodológicos en el estudio del conflicto social” En Movimientos sociales y conflicto en américa latina. Compilador: José Soane: Buenos Aires: Clacso, (2004)
 - JAKOBS, Günther, “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, en Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en el Derecho penal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
 - LANGLE, Emilio. Teoría de la Política Criminal. Editorial Reus, 1927, Madrid.
 - LOPERA, Gloria. Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. Una comparación entre las experiencias de Chile y Colombia. Revista de derecho. Vol. XXIV – N° 2. Diciembre de 2011
 - MACHADO, Camilo Iván. Estrategias y políticas criminales en un entorno de seguridad ciudadana. En XXXIV Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Retos del derecho penal contemporáneo: corrupción y seguridad ciudadana. Universidad externado de Colombia, 2012. Bogotá (Col)
 - MARX, Michael. Zur definition des begriffs “Rechsgut” . Koln, Carl Heymanns Verlag, KG. 1972

- MENDOZA BUERGO, Blanca. Límites dogmáticos y político – criminales de los delitos de peligro abstracto. Editorial Comares, S.L, 2001. Granada (Esp.)
- MORALES, Juan Pablo. Democracia, sustancia, sus elementos y conflictos en la práctica en AVILA, Ramiro. Neoconstitucionalismo y sociedad, Serie Justicia y Derechos Humanos, Tomo I, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, V&M Gráficas. 2008. Quito (Ecu.)
- MUSCO , E. Bene Giuridico e tutelate dell’Onore, Giuffré Editore. 1974, Milán.
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA) La seguridad pública en las Américas: retos y oportunidades. Segunda edición. 2008
- PACHECO, Miguel Ángel. Garantismo y derechos sociales en MARCILLA, Gema. Constitucionalismo y garantismo. Universidad Externado de Colombia. 2009. Bogotá (Col).
- PAVARINI, Massimo. Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. Siglo Veintiuno Editores. 1983, México .
- PULITANO, D. Obblighi costituzionali di tutela penale? . 1983
- QUINTANA MEJÍA, Oscar. Alienación, ideología y cosificación: una mirada desde las teorías críticas a la jurisprudencia colombiana. Pensamiento Jurídico N° 24. UNIJUS, 2009. Bogotá (Col.)
- RAMOS, María y ZANAZZI, Sebastian. Los delitos de peligro y el principio de lesividad. Asociación Argentina de Profesores de derecho penal. Universidad de Buenos Aires. Argentina.

-
- ROBLES PLANAS, Ricardo. La crisis del derecho penal contemporáneo. Editorial Atelier, 2010. Barcelona (Esp.)
 - RODRIGUEZ, Vladimir. Los objetos de protección penal: entre el sistema económico y el desarrollo humano. Estudios en derecho y gobierno, junio de 2009. Universidad Católica de Colombia.
 - ROMAGNOSI, Giandomenico. Trad. GUERRERO, Jorge y GONZALEZ, Carmelo. Génesis del derecho penal. Editorial Temis. 1956. Bogotá (Col.)
 - ROXIN, Claus. Sentido y límites de la pena estatal. 1976. Madrid (Esp.)
 - _____ Política Criminal y Sistema de Derecho Penal. Editorial Bosch, 1972, Barcelona
 - RUBIO LARA, Pedro Angel. Derecho penal y seguridad ciudadana. CESEJ – Ediciones. 2009. Madrid (Esp.)
 - RUSCONI, Maximiliano. Derecho penal. Parte general. Ad-Hoc, 2007. Buenos Aires (Arg.)
 - SARTORI, Giovanni. ¿Qué es la democracia?. Traducción de Miguel Angel Gonzales y Cristina Pestellini. Ediciones, Santillana, 2003. Buenos Aires (Arg)
 - SCHÜNEMANN, Bernd .Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1996. Bogotá (Col)

- SILVA SANCHEZ, Jesús María. La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post industriales. Editorial Civitas, 2001. Madrid (Esp.)
- _____ Jesús María. Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal. Revista de derecho penal y criminología N° 9, 2002
- SILVA, Marcel. Flujos y reflujos. Reseña histórica sobre el derecho laboral colectivo colombiano. Seg. Edición. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. (2000)
- SOTOMAYOR, Juan Oberto. ¿El derecho penal garantista en retirada?. Revista Penal N° 21. Enero de 2008.
- _____ Garantismo y derecho penal en Colombia. Ponencia presentada en el marco del Seminario "Garantismo y Derecho Penal" organizado por el Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquia. Medellín. Mayo de 1998
- TURK, A. Criminality and Legal Order. 1972, Chicago. En BARATTA, Alessandro. Trad. BUNSTER, Alvaro. Criminología crítica y crítica del derecho penal. Siglo XXI editores. 2001. Mexico D.F. (Mex)
- VILLANUEVA MEZA, Javier Antonio. "derecho penal y derechos humanos". Editorial Leyer: Bogotá. (1999)
- VOLD.G.B. Theoretical Criminology, Nueva York.

-
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales. La constitucionalización del derecho penal. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Diciembre de 2009. Quito (Ecu) .
 - _____ El funcionalismo sistémico y sus perspectivas jurídico – penales en Estudios Penales en memoria del profesor Agustín Fernández Albor. 1989. Santiago de Compostela: Universidad Santiago de Compostela.
 - _____ Abolicionismo y garantías. En Jueces para la democracia N° 24. 1994. España.
 - _____ Hacia dónde va el poder punitivo. (L. D. Lopez Escobar, Ed.) Medellín, Colombia: Señal Ediciones S.A.